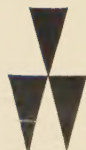


Dr. Rolf Birk

Schadenersatz und sonstige
Restitutionsformen
im internationalen Privatrecht

1969

Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546303_0030

Dr. Rolf Birk

**Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen
im internationalen Privatrecht**

Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Klingmüller, Köln; Prof. Dr. Karl Larenz, München; Prof. Dr. Hans Merz, Bern; Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Carl Nipperdey †, Köln; Prof. Dr. Ludwig Raiser, Tübingen; Prof. Dr. Fritz Schwind, Wien

Heft 10

Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen im internationalen Privatrecht

**Kollisionsrechtliche Fragen zum Inhalt und Bestand
subjektiver Rechte, dargestellt an den Fällen der
unerlaubten Handlung**

Von Dr. Rolf Birk
wiss. Assistent an der
Universität Erlangen-Nürnberg

Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe

Vorwort

Die vorliegende Arbeit beruht zum überwiegenden Teil auf meiner von der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg im Sommersemester 1966 angenommenen Dissertation. Literatur und Rechtsprechung sind ursprünglich nach dem Stand vom Frühjahr 1965 berücksichtigt worden. Nachträglich erschienenenes Schrifttum konnte bis einschließlich November 1967 nur noch in die Anmerkungen aufgenommen werden.

Besonderen Dank schulde ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld, auf dessen Anregung die Arbeit entstanden ist. Ebenso möchte ich dem verantwortlichen Herausgeber, Herrn Prof. Dr. Ernst Klingmüller, für die Aufnahme meiner Schrift in diese Reihe danken.

Erlangen, im Dezember 1967

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVII
Sachverzeichnis	277
Einleitung	1

1. Kapitel

Materiell-rechtliche Einwirkungen auf den Schadensersatzanspruch

I. Mehrfache Begründung des Schadensersatzanspruches	5
1. Die Problemstellung im internen deutschen Recht	6
2. Rechtsvergleichung	7
3. Fallgestaltung im IPR	10
4. Durchführung:	11
a) Positive Einstellung der lex fori zur Anspruchskonkurrenz — Auflösung der Konkurrenz? —	11
aa) Kollisionsrechtliche Lösung	12
bb) Materiell-rechtliche Lösung	15
1. Fallgruppe: Vertrags- und Deliktsstatut bejahen die Anspruchskonkurrenz	15
2. Fallgruppe: Vertrags- und Deliktsstatut verneinen die Anspruchskonkurrenz	15
3. Fallgruppe: Vertragsstatut bejaht, Deliktsstatut ver- neint die Anspruchskonkurrenz	17
4. Fallgruppe: Vertragsstatut verneint, Deliktsstatut bejaht die Anspruchskonkurrenz	20
b) Negative Einstellung der lex fori zur Anspruchskonkurrenz	20
II. Vertragliche Einwirkung auf den Schadensersatzanspruch	25
1. Haftungsausschluß und Haftungsbegrenzung	26
2. Spezifische Haftungsausschlußgründe	31
3. Die Stellungnahme der Rechtsprechung	32
a) Transportverträge	33
b) Andere Fälle von Anspruchskonkurrenzen	41
c) Haftungsbeschränkungen	43
4. Drittwirkung des Haftungsausschlusses?	46
III. Die Einbeziehung Dritter in das Schuldverhältnis	50
1. Klagemöglichkeit gegen den Versicherer des Schädigers	50
a) action directe (direct action, Direktklage)	50
b) § 158 c VVG und seine Anwendbarkeit auf Auslandsunfälle sowie auf Unfälle von Ausländern im Inland	60
aa) Auslandsunfälle — österr. Versicherungsvertrag	61
bb) Inlandsunfälle von Ausländern	65

2. Regreß auf Grund Forderungsüberganges	65
a) Forderungsübergang infolge privatrechtlicher Vorschriften (Subrogation)	66
aa) Die Subrogation im Privatversicherungsrecht	67
bb) Die Subrogation bei Gesamtschuldverhältnissen	76
b) Forderungsübergang infolge öffentlich-rechtlicher Vorschriften	80
3. Vertrag zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation	93
a) Vertrag zugunsten Dritter bzw. Drittschadensliquidation	93
b) Die Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher (product liability)	100
IV. Die Verjährung des deliktischen Schadensersatzanspruches	110
V. Währungsrechtliche Probleme bei außervertraglichen Schadensersatzansprüchen	113
1. Der geldrechtliche Charakter der Schadensersatzschuld	114
2. Die Schadensersatzschuld als Fremdwährungsschuld	115
a) Die Bestimmung der Schuldwährung bei außervertraglichen Verpflichtungen (Einzelschaden)	115
aa) Schadenseintritt und Schadensbehebung	121
bb) Nichtbehebbarer Schaden	122
b) Die Bestimmung der Schuldwährung bei außervertraglichen Verpflichtungen (Gesamtschaden)	124
aa) Der Gesamtschaden, der sich aus mehreren Einzelposten zusammensetzt	125
bb) Der Gesamtschaden, der sich aus einer Gesamthandlung ergibt	128
c) Die Schuldwährung bei Schadensersatzansprüchen aus Anpassungsvorgängen	131
d) Die Erfüllung der Schadensersatzschuld	132

2. Kapitel

Prozessuale Einwirkungen auf den Schadensersatzanspruch

I. Beweisfragen	137
1. Beweisgegenstand und Beweisbarkeit	137
2. Die Beweislast	141
3. Die gesetzlichen Vermutungen	149
4. Der prima facie-Beweis	153
II. Die Enthebung vom Beweise des Schadens — Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO —	158
III. Der für die Schadensberechnung maßgebende Zeitpunkt	164

3. Kapitel

Andere Formen der Restitution

I. Die Feststellungsklage	173
1. Die Funktion der Feststellungsklage	173
2. Der Feststellungsanspruch	174

3. Das Feststellungsinteresse	179
II. Die Unterlassungsklage	181
1. Die Funktion der Unterlassungsklage	181
2. Der Unterlassungsanspruch	183
3. Die internationale Zuständigkeit für Unterlassungsklagen	188
4. Praktische Durchführung:	192
a) Monoterritoriale Deliktstatbestände	192
b) Dyoterritoriale Deliktstatbestände	200
c) Multi-state-Delikte	207
5. Der Beseitigungsanspruch	208
a) Absolute Rechte (außer Grundeigentum)	208
b) Grundeigentum	209
aa) Internationale Zuständigkeit	211
bb) Das anwendbare Recht	215
III. Widerrufs- und Gegendarstellungsanspruch im Presserecht	220
1. Der Widerrufsanspruch	221
2. Der Gegendarstellungsanspruch	226
a) im interlokalen Presserecht	226
aa) örtliche Zuständigkeit	227
bb) Die Frage der Rechtsanwendung	228
b) im internationalen Presserecht	231
IV. Der Adhäsionsprozeß	237
1. Monoterritoriale Deliktstatbestände	241
2. Dyoterritoriale Deliktstatbestände	242

4. Kapitel

Art. 12 EGBGB

I. Systematische Einordnung	245
1. Art. 12 EGBGB als Satz des <i>ordre public</i>	247
2. Art. 12 EGBGB als Kumulationsnorm	250
II. Praktische Durchführung der Kumulation	255
1. Kumulative Anwendung der deutschen Deliktvorschriften	256
a) Der Tatbestand	257
b) Kausalität	260
c) Rechtswidrigkeit und Schuld	261
d) Das Maß der Haftung	262
aa) Immaterieller Schaden	263
bb) Materieller Schaden	263
e) Modalitäten des Anspruchs	264
2. Kumulative Anwendung sonstiger deutscher Vorschriften außerhalb des Deliktsrechts	266
III. Ausländische Kumulationsnormen verwandter Art	268
IV. Materiell-rechtliche und prozessuale Wirkungen von Art. 12 EGBGB	269
V. Anwendbarkeit des Art. 12 EGBGB im Ausland	274

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
A.	Auflage
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJCL	American Journal of Comparative Law
AKB	Versicherungsbedingungen für die Kraftfahrversicherung
All E.R.	The All England Law Reports
A.L.R.	American Law Reports annotated
A.L.R. 2d	American Law Reports annotated, second series
Anm.	Anmerkung
Ann.Dig.	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
Ann.dir.comp.	Annuario di diritto comparato e di studi legislativi
Annuaire	Annuaire de l'Institut de Droit International
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, hersg. v. Hueck-Nipperdey-Dietz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Österreich)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtl. Sammlung)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BW	Burgerlijk Wetboek
BYBIL	The British Yearbook of International Law
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of appeal
Cass.	Cour de cassation, Corte di cassazione
C.c.	Code civil
c.c.	codice civile
C.comm.	Code de commerce
c.comm.	codice di commercio

C.J.	Chief Justice
Ch.civ.	Chambre civile
Ch.crim.	Chambre criminelle
Clunet	Journal du droit international, fondé par Edouard Clunet
Cogsa	Carriage of goods by sea act
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
C.p.c.	Code de procédure civile
c.p.c.	codice di procedura civile
D.	Recueil Dalloz
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz
DIP	Droit international privé, Diritto internazionale privato
DIPR	Deutsches Internationales Privatrecht
Dir.int.	Diritto internazionale, Rivista trimestrale di dottrina e documentazione
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DPCI	Diritto processuale civile internazionale
DR	Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
Enc.	Encyclopédie Dalloz
F.	Federal Reporter
F. 2d	Federal Reporter, second series
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
ff.	folgende
Festschr.	Festschrift
Giur.comp.d.i.p.	Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato
Giur.It.	Giurisprudenza Italiana
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. v. Grünhut
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
H.	Heft
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
h. M.	herrschende Meinung
H.R.	Hoge Raad
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
IntRDipl.	Internationales Recht und Diplomatie
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
i.S.d. (v.)	im Sinne des (von)
IVerwR	Internationales Verwaltungsrecht

i.V.m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
IzRspr.	Sammlung der deutschen Entscheidungen zum interzonalen Privatrecht
J.	Judge
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)
J.C.P.	Juris Classeur Périodique
JdT	Journal des Tribunaux (Belgien)
JN	Jurisdictionsnorm
Jurid.Rev.	Juridical Review
JuS	Juristische Schulung
JUS	JUS, Rivista di scienze giuridiche
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
K.B.D.	King's Bench Division
KG	Kammergericht
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (Schweiz)
La.L.Rev.	Louisiana Law Review
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a.
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.T.R.	Law Times Reports
m. Anm. v.	mit Anmerkung von
Mass.Giur.It.	Massimario della Giurisprudenza Italiana
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MFG	Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (Schweiz)
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
m.N.v.	mit Note von
Mod.L.Rev.	Modern Law Review
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
N.E.	North Eastern Reporter
n.F.	neue Fassung, neue Folge
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NTIR	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
NZ	Zeitschrift für internationales Recht, hrsg. v. Niemeyer
OAG	Oberappellationsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts

OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Ord.	Rules of the Supreme Court, Order (England)
OT	Obertribunal
Pas.	Pasicrisie belge
P.C.	Privy Council
PVU	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
Q.B.D.	Queen's Bench Division
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Rabel
Rb	Rechtsbank
RdA	Recht der Arbeit
RdC	Académie de droit international, Recueil des Cours
RDIC	Revue de droit international et de législation comparée
Rep.Giur.It.	Repertorio generale annuale della Giurisprudenza Italiana
Rev.crit.	Revue critique de droit international privé
Rev.crit.jur. belge	Revue critique de jurisprudence belge
Rev.gén.ass.terr.	Revue générale des assurances terrestres
Rev.Hell.dr.int.	Revue Hellénique de droit international
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev.trim.dr.comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Revue	Revue de droit international privé
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv.dir.civ.	Rivista di diritto civile
Riv.dir.comm.	Rivista del diritto commerciale
Riv.dir.ind.	Rivista di diritto industriale
Riv.dir.int.	Rivista di diritto internazionale
Riv.dir.priv.	Rivista di diritto privato
Riv.dir.proc.	Rivista di diritto processuale
R.M. Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RPG	Reichspressegesetz
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvglHwB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Sirey (Recueil Sirey), Jurisprudence-Législation
SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SchR	Schuldrecht
SchwJfIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung

Slg.	Sammlung von Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofs
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SVA	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten
SVG	Bundesgesetz über den Straßenverkehr
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
Trib.civ.	Tribunal civil
Trib. de comm.	Tribunal de commerce
UDet.L.J.	University of Detroit Law Journal
u. E.	unseres Erachtens
Ufita	Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht
ULA	Uniform Laws Annotated
US	United States Reports
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
W.	Weekblad van het recht
Warn.	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WvK	Wetboek van koophandel
Yale L. J.	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZBl.	Zentralblatt für die Juristische Praxis
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZIR	Zeitschrift für internationales Recht (früher Zeitschrift für internationales Privat- und Straf- bzw. öffentliches Recht)
ZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ZOstR	Zeitschrift für Ostrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZPR	Zivilprozeßrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVöR	Zeitschrift für Völkerrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Literaturverzeichnis

- Abraham, Hans Das Seerecht, 2. A., Berlin 1960
- Allorio, Enrico Limiti del diritto processuale internazionale, Riv.dir.proc. 1936 II 255 ff.
- ders. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale, Milano 1957
- Arjona Colomo, Miguel Derecho internacional privado, Parte especial, Barcelona 1954
- Arminjon, Pierre La preuve en droit international privé, Revue 1929, 385 ff.
- ders. Preuves, Répert. vol. X., Paris 1931, S. 310 ff.
- ders. Les conflits de lois sur la preuve en droit international privé, Rapport, Annuaire 41 (1947) 14 ff.
- ders. Précis de droit international privé commercial, Paris 1948
- ders. Les lois politiques, fiscales, monétaires en droit international privé, Rapport, Annuaire 43 II (1950) 1 ff.
- ders. Précis de droit international privé, vol. II, 3. A., Paris 1958
- Ascarelli, Tullio Währungsrechtliche Fragen in der italienischen Rechtsprechung, RabelsZ 2 (1928) 793 ff.
- ders. Risarcimento del danno e moneta estera, Foro it. 1929 I 753 ff. (hier zitiert nach: Studi giuridici sulla moneta, Milano 1952, S. 103 ff.)
- ders. I debiti di valore, in Studi giuridici sulla moneta, S. 63 ff.
- ders. Obbligazioni pecuniarie, in Scialoja-Branca, Commentario del codice civile Art. 1277-1284, Bologna-Roma 1959
- Asser, T.M.C. - Rivier, Alphonse Eléments de droit international privé ou du conflit des lois, Paris 1884
- Asser - Rutten, L.E.H. Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Derde deel — Verbintenissenrecht, Tweede stuk — De overeenkomst en de verbintenis uit de wet, 2. A., Zwolle 1961
- Auerswald, Heinz W. Können Ansprüche wegen Verletzung eines ausländischen Patents vor deutschen Gerichten verfolgt werden? Festschr. f. W. vom Stein, Karlsruhe 1961, S. 8 ff.
- Bär, Rolf Zur Frage der Anwendung ausländischen Kartellrechts in Zivilprozessen, SchwJbIR XVIII (1961) 45 ff.
- ders. Kartellrecht und Internationales Privatrecht, Karlsruhe 1965

- Balladore Pallieri, Giorgio L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato, Riv.dir.proc. 1963, 5 ff.
- von Bar, Ludwig Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts, 2. A., Bd. I/II, Hannover 1889
- ders. Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892
- ders. Internationales Handelsrecht, in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I, Leipzig 1913, S. 327 ff.
- Barazetti, C. Die örtlichen Grenzen der neuen österreichischen Civilprozeßgesetze, NZ 9 (1899) 433 ff.
- Bartin, Étienne Principes de droit international privé, vol. II, Paris 1932
- Basedow, Klaus H. Le droit international privé des assurances, Paris 1939
- Batiffol, Henri Les conflits de lois en matière de contrats — Étude de droit international privé comparé, Paris 1938
- ders. Aspects philosophiques du droit international privé, Paris 1956
- ders. Traité élémentaire de droit international privé, 3. A., Paris 1959
- Baumbach, Adolf - Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. A., München und Hefermehl, Wolfgang Berlin 1960
- Baur, Eberhard Der Schutz des ausländischen Namens und des ausländischen Handelsnamens in Frankreich, Tübingen 1967
- Baur, Jürgen F. Zum Namensschutz im deutschen internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Handelsnamen, AcP 167 (1967) 535 ff.
- Beale, Joseph H. The jurisdiction of courts over foreigners, 26 Harv.L. Rev. 193 ff., 283 ff. (1912-13)
- ders. The conflict of laws, vol. III, New York 1935
- Becker, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. VI, I. Abteilung, 2. A., Bern 1941
- Beemelmans, Hubert Das Statut der cessio legis, der action directe und der action oblique, RabelsZ 29 (1965) 511 ff.
- Beitzke, Günther Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München und Berlin 1938
- ders. Hauptprobleme des interzonalen Privatrechts, JR 1952, 419 ff.
- ders. Deliktort und anwendbares Recht beim Schiffszusammenstoß, NJW 1961, 1993 ff.
- Bellini, Vincenzo La legge regolatrice dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato, Archivio giuridico „Filippo Serafini“, sesta serie, vol. IV (1948) 196 ff.

- Benkard, Georg Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsge-
setz, 4. A., München und Berlin 1964
- Bentivoglio,
Ludovico In tema di legge regolatrice delle presunzioni legali,
Giur.comp.d.i.p. XI, 270 ff.
- Béquignon,
Charlotte La dette de monnaie étrangère, Paris 1925
- Binder, Heinz Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, RabelsZ 20 (1955)
401 ff.
- Birk, Rolf Die Grenzen des Territorialitätsprinzips im Warenzeichen-
recht, NJW 1964, 1596 ff.
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht — Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-
Heidelberg 1963
- Böhmer, Christof Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlun-
gen im deutschen internationalen Privatrecht, Diss. Erlan-
gen 1962
- Böning, Eberhard Internationalrechtliche Probleme der Grundwassernut-
zung, Diss. Bonn 1961
- Borchard, Edwin Les jugements déclaratoires, Actorum Academiae Uni-
versalis Jurisprudentiae Comparatae, vol. II, pars II, Paris
1934, S. 535 ff.
- Bourel, Pierre Les conflits de lois en matière d'obligations extracontrac-
tuelles, Paris 1961
- Brandt, Richard Die Benutzung ausländischer Firmennamen in Deutsch-
land, Festschr. f. W. vom Stein, Karlsruhe 1961, S. 19 ff.
- Bredin, Jean-Denis Note in Clunet 1960, 784 ff.
- Breslauer, W. Foreign presumptions and declarations of death and
English private international law, 10 Mod.L.Rev. 121 ff.
(1947)
- Briner, Alfred Die Schuldübernahme im schweizerischen International-
privatrecht, Diss. Zürich 1947
- Broggini, Gerardo Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto inter-
nazionale privato, Freiburg/S. 1951
- Bruck, Ernst Zwischenstaatliches Versicherungsrecht, Mannheim-Berlin-
Leipzig 1924
- Bürger, Karl Art. Schadensersatz, RvglHWW Bd. VI, 110 ff.
- Bussmann, Kurt Wettbewerbsverstöße und Warenzeichenverletzungen mit
Auslandsbeziehungen in der deutschen Rechtsprechung,
Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, vol. II, Athenis
1963, S. 157 ff.
- Bydlinski, Franz Anm. in JBl. 1960, 604 ff.
- von Caemmerer,
Ernst Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen
internationalen Privatrecht, RabelsZ 24 (1959) 201 ff.

- ders. Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschr. z. hundertjähr. Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 49 ff.
- ders. Das Problem des Drittschadensersatzes, ZHR 1965, 241 ff.
- Çaga, Tahir Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Aarau 1939
- Cansacchi, Giorgio Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate, Torino 1939
- ders. Sulla legge regolatrice delle presunzioni, Giur.comp.d.i.p. III, 210 ff.
- ders. Le choix et l'adaption de la règle étrangère dans le conflit de lois, RdC 1953 II 83 ff.
- Carnelutti, Francesco Valutazione equitativa del danno, Riv.dir.proc. 1942 I 53 ff.
- Cavaglieri, Arrigo Il diritto internazionale commerciale, Trattato di diritto internazionale, vol. V, Padova 1936
- Cereti, Carlo Le obbligazioni nel diritto internazionale privato, Torino 1925
- Cheshire, G. C. Private international law, 6. A., Oxford 1961
- Cheshire, G. C. - Fifoot, C. H. S. The law of contract, 6. A., London 1964
- Clerk - Lindsell On torts, 12. A., London 1961
- Comité français de droit international privé La codification du droit international privé, Paris 1956
- Cook, Walter Wheeler The logical and legal bases of the conflict of laws, Cambridge/Mass. 1942
- de Cupis, Adriano Il danno, Milano 1950
- ders. Fatti illeciti, in Scialoja-Branca, Commentario del codice civile Art. 1992-2059, Bologna-Roma 1960
- Currie, Brainerd Selected essays on the conflict of laws, Durham N.C. 1963
- Dach, Joseph Conversion of foreign money — a comparative study of changing rules, 3 AJCL 155 ff. (1954)
- Dayant, Roger Sources extracontractuelles des obligations en droit international privé, Juris-Classeur de Droit international, vol. IV Fasc. 553
- Decottignies, Roger Les présomptions en droit privé, Paris 1950
- Dedieu, Jean Marché commun et sécurité sociale des travailleurs migrants, Revue du Marché Commun 1959, 93 ff.

- Degand, Henri Paiement, Répert. X, Paris 1931, S. 171 ff.
- Degenkolb Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP 76 (1890) 1 ff.
- Denninger, Erhard Die Traditionsfunktion des Seekonnossements im internationalen Privatrecht, Frankfurt/M.-Berlin 1959
- Deprez, Jean Note in Rev.crit. 1961, 351 ff.
- Desbois, Henri Les droits d'auteur et le droit international privé français, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, vol. III, Athenis 1964, S. 29 ff.
- Deutsch, Erwin Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehungen, Stuttgart 1962
- Dicey - Morris, J.H.C. Conflict of laws, 7. A., London 1958
- Diena, Giulio Trattato di diritto commerciale internazionale, vol. I-III, Torino 1900-1905
- ders. Principi di Diritto internazionale, vol. II: Diritto internazionale privato, 2. A., Milano-Roma-Napoli o.J.
- Dietz, Rolf Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn-Köln 1934
- Domke, Martin Le projet suisse sur le conflit de lois en matière de cautionnement, Clunet 1938, 417 ff.
- Donnedieu de Vabres, Henri L'action publique et l'action civile dans les rapports de droit pénal international, RdC 1929 I 212 ff.
- Donnedieu de Vabres, Jacques L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XXIème siècle, Thèse Paris 1937
- Dölle, Hans Der Ordre public im internationalen Privatrecht, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin und Tübingen 1950, S. 397 ff.
- Drion, H. De ratio voor toepassing van vreemd recht in zake de onrechtmatige daad in het buitenland, R.M. Themis 1949, 3 ff.
- ders. Limitation of liabilities in international air law, The Hague 1954
- Dubbink, Cornelis Willem De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Diss. Amsterdam, 's Gravenhage 1947
- Durand, Paul Les transports internationaux, Paris 1956
- Durante, Francesco La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato, Riv.dir.int. 1954, 494 ff.
- Ehrenzweig, Albert A. Alternative actionability in the conflict of laws of enterprise liability: An American comment on M'Elroy's case, Jur.Rv. 63 (1951) 39 ff.

- ders. Adhesion contracts in the conflict of laws, 53 Col.L.Rev 1072 ff. (1953)
- ders. Der Tatort im amerikanischen Kollisionsrecht der außer-vertraglichen Schadensersatzansprüche, Festschr. f. E. Ra-bel, Bd. I, Tübingen 1954, S. 655 ff.
- ders. Products liability in the conflict of laws — Toward a theory of enterprise liability under „foreseeable and insurable laws“, 69 Yale L.J. 794 ff. (1959-60)
- ders. Vicarious liability in the conflict of laws — Toward a theory of enterprise liability under „foreseeable and insurable laws“, 69 Yale L.J. 978 ff. (1959-60)
- ders. La lex fori: eccezione o regola? Dir.int. 1960, 223 ff.
- ders. A treatise on the conflict of laws, St. Paul/Minn. 1962
- ders. The „most significant relationship“ in the conflicts law of torts. Law and reason versus the Restatement second, 28 Law & Contemporary problems 700 ff. (1963)
- Elleser, Karl Übergang des Schadensersatzanspruches kraft Gesetzes, Die Sozialversicherung 1964, 257 ff.
- Endemann, F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8 und 9. A., Bd. II, 1. Abtl.: Sachenrecht, Berlin 1905
- Enneccerus, Lud-wig - Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. A., 1. Halbbd., Tübingen 1959, 2. Halbbd., Tübingen 1960
- Erman, Walter - Arndt, Karl Handkommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 4. A., Bd. II, Münster 1967
- Esser, Josef Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Ein Lehr-buch, 2. A., Karlsruhe 1960
- Eymann, Otto - Schubert, Otto Das bayerische Wassergesetz, 2. A., Bd. II, Ansbach 1928
- Fasching, Hans W. Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Lieferung 15, Wien 1963
- Favilli, Vittorio La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato, Ann.dir.comp. XXVII (1951) 19 ff.
- Fenichel, Sigmund Entschädigung und Kompensation in fremder Währung, ZOstR 2 (1928) 1494 ff.
- Fenzl, Friedrich Rechtsfragen um einen Kraftfahrzeugunfall im Ausland, ZVR 1961, 99 ff.
- Ferid, Murad Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und englischen Recht, Diss. München 1932
- Fick, F Zur Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubten Hand-lungen (insbes. unlaut. Wettbewerb) im internationalen Privatrecht, SchwJZ 20 (1923/24) 21 ff.

- Ficker, Hans Claudius Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der französischen Rechtsprechung, Frankfurt/M.-Berlin 1962
- Ficker, Hans G. Das Recht des bürgerlichen Namens, Frankfurt/M. 1950
- Ford, Allan W. The liability of nonemployer tortfeasors under state workman's compensation statutes: A choice-of-law problem, 68 Yale L.J. 54 ff. (1958-59)
- Fraenkel, Osmond K. Foreign moneys in domestic courts, 35 Col. L.Rev. 360 ff. (1935)
- Fragistas, Charalambos N. Die Komorientenvermutungen im Internationalen Privatrecht, Festschr. f. R. Laun z. 70. Geburtstag, Hamburg 1953, S. 693 ff.
- ders. Die Prozeßstandschaft im Internationalen Prozeßrecht, Festschr. f. H. Lewald, Basel 1953, S. 471 ff.
- Frankenstein, Ernst Internationales Privatrecht, Bd. II, Berlin-Grunewald 1929
- ders. Anm. in JW 1927, 2686
- Gaeta, Salvatore Sul momento cui va riferita la valutazione del danno da risarcire, Giur.It. 1945 I 2, 105 ff.
- Gaja, Giorgio Il diritto al nome nel diritto internazionale privato, Riv. dir.int. 1963, 73 ff.
- Gamillscheg, Franz Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, Berlin-Tübingen 1955
- ders. Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), Berlin-Tübingen 1959
- ders. Les principes du droit du travail international, Rev.crit. 1961, 265 ff.; 477 ff.; 677 ff.
- Giesker - Zeller, Heinrich Der Name im Internationalen Privatrecht, Festschr. f. G. Cohn, Zürich 1915, S. 169 ff.
- Gény, François Science et technique en droit privé positif, vol. III, Paris 1921
- Gitter, Wolfgang Haftungsausschluß und gesetzlicher Forderungsübergang bei Arbeitsunfällen im Ausland, NJW 1965, 1108 ff.
- Glarner, Jacques Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen, Bern 1935
- Gloede, Wilhelm Der Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts nach deutschem internationalem Privatrecht, Diss. Hamburg 1960
- ders. Der deutsche Außenhandel und seine wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach deutschem internationalem Privatrecht, GRUR 1960, 464 ff.

- Gluck, Edward The rate of exchange in the law of damages, 22 Col.L.Rev. 217 ff. (1922)
- Godart, Justin / Codes des Assurances. Commentaire pratique et comp-
Perraud - Char- let de la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assu-
mantier, André rance, 3. A., Paris 1947, Supplément 1957
- Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, 2. A., Berlin 1932
James
- Goldschmidt, Sistema y filosofía del derecho internacional privado, vol.
Werner II/III, 2. A., Buenos Aires 1954
- Goodrich, Herbert Handbook of the conflict of laws, 3. A., St. Paul/Minn.
F. 1949
- van Gorkum, De clausules betreffende uitsluiting van aansprakelijk-
C.L.K. heid, R.M. Themis 1939. 152 ff.
- Graveson, R. H. The conflict of laws, 4. A., London 1960
- Greiff Zur Berichtigungspflicht der Presse, NJW 1950, 241 ff.
- Grönfors, Kurt Apportionment of damages in the Swedish law of torts,
Scandinavian Studies in Law, vol. I, Stockholm 1957,
S. 93 ff.
- Grubmann, Fried- Die Versicherungspflicht für ausländische Kraftfahrzeuge
rich in Österreich, ZVR 1963, 225 ff.
- Guldener, Max Zession, Legalzession und Subrogation im internationalen
Privatrecht, Aarau 1930
- ders. Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht
der Schweiz, Zürich 1951
- ders. Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. A., Zürich 1958
- ders. Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR
80 (1961 II) 1 ff.
- Gutzwiller, Max Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften, Frei-
burg/S. 1940
- ders. Währungen als Gegenstände der Gesetzgebung, SchwJZ
39 (1942/43) 157 ff.
- ders., - Niederer, Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht 1951, Frei-
Werner burg/S. 1951
- Habicht, Hermann Internat. Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum
Bürgerl. Gesetzbuche, hrsg. v. Max Greiff, Berlin 1907
- Häntzschel, Kurt Reichspreßgesetz, Berlin 1927
- ders. Das Deutsche Preßrecht, Berlin 1928
- Hancock, Moffat Torts in the conflict of laws, Ann Arbor — Chicago 1942
- ders. Three approaches to the choice-of-law problem: The clas-
sificatory, the functional and the result-selective, XXth
Century Comparative and Conflicts Law, Legal essays in
honor of Hessel Yntema, Leyden 1961, S. 365 ff.

- Harper, Fowler k. The law of torts, vol. II, Boston-Toronto 1956
- James, Fleming
- Haudek, Wilhelm Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht, Berlin 1931
- Hedemann, Justus Wilhelm Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904
- Heidecker, Hugo Ueber die materielle Rechtskraft ausländischer Urtheile, insbesondere ausländischer Ehescheidungsurtheile in Deutschland, ZZP 18 (1893) 453 ff.
- Heidemann, Günther Zur Anwendung nationalen Kartellrechts auf internationale Kartelle, Diss. Hamburg 1962
- Heldrich, Andreas Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Frankfurt/M.-Berlin 1961
- Hellwig, Konrad Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1903
- Henle, Rudolf Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I — Allgemeiner Teil, Berlin 1926
- Herzog Les effets extra-territoriaux des jugements répressifs, Études de droit contemporain, vol. IV, Paris 1959, S. 173 ff.
- Hoffmeyer, Volkert Zur Aktivlegitimation ausländischer Ladungsversicherer bei Regreßklagen, ZHR 125 (1963) 125 ff.
- Holtz, Leo - Kreutz, F. - Schlegelberger, P. Das preußische Wassergesetz, 3./4. A., Nachdruck, Bd. I, Berlin-Köln 1955
- Hubmann, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
- ders. Der Anspruch auf Widerruf ehrverletzender Pressedarstellungen, JuS 1963, 98 ff.
- Huet, André Les conflits de lois en matière de preuve, Paris 1965
- Jansen, F.M.J. Vergoeding voor ideele (onstoffelijke) schade, N.J.B. 1951, 781 ff.
- Jitta, Josephus La substance des obligations en droit international privé, vol. II, La Haye 1907
- ders. Internationaal Privaatrecht, Haarlem 1916
- Jungmann, Robert Das internationale Patentrecht, 2. A., Berlin 1933
- Elten, Hans
- Kaden, Erich-Hans Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, S. 82 ff.
- ders. Anmerkungen zu Art. 1101 ff., in Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I — Frankreich — Code civil, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932

- Kahn, Franz Abhandlung zum internationalen Privatrecht, hrsg. v. Otto Lenel und Hans Lewald, Bd. I, München und Leipzig 1928
- Karrer, Robert Der Regreß des Versicherers gegen Dritthaftpflichtige — Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, Zürich 1965
- Kegel, Gerhard Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht, Köln und Opladen 1962
- ders. Internationales Privatrecht, 2. A., München und Berlin 1964
- Keller, Max Anwendbares Recht hinsichtlich der Subrogation des Schadensversicherers, SchwJZ 56 (1960) 65 ff.
- ders. Das internationale Versicherungsvertragsrecht der Schweiz, Bd. IV von Roelli-Jaeger, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 2. A., Bern 1962
- Keßler, Friedrich Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht — unter vergl. Berücksichtigung des engl. und des deutschen Rechts, Berlin und Leipzig 1932
- Kisch, Isaak La loi la plus favorable, in Jus et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von M. Gutzwiller, Basel 1959, S. 373 ff.
- Kisch, Wilhelm Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- ders. Das Feststellungsurteil, Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932, Berlin und Leipzig 1932, S. 45 ff.
- Kitzinger, Friedrich Das Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874, Tübingen 1920
- Koebel, Ulrich Ein neues Landespressegesetz in Baden-Württemberg, NJW 1964, 1108 ff.
- Köbl, Hans Das presserechtliche Entgegnungsrecht und seine Verallgemeinerung, Berlin 1966
- Kohler, Josef Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungen, Würzburg 1884
- ders. Zum internationalen Civilprozeßrecht, ZZP 10 (1887) 449 ff.
- ders. Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß, Berlin 1894
- ders. Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim und Leipzig 1908
- Kohlrausch, Eduard Kann ein in Abwesenheit des Angeklagten ergangenes Adhäsionsurteil des Zürcherischen Schwurgerichts in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden? RheinZ 12 (1923) 129 ff.
- Kollewijn, Roeland Duco Note in Clunet 1961, 894 ff.

- ders. Rechtskeuze achteraf? NTIR XI (1964) 225 ff.
- Kosters, J. - Algemeen deel van het Nederlandse internationaal pri-
Dubbink, C.W. vaatrecht, Haarlem 1962
- Koumantos, G.A. 'Problemata diethnous prostasias tes pneumatikes idiokte-
sias, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, vol. III,
Athenis 1964, S. 91 ff.
- Lalou, Henri Note in D. 1930.2.85
- Lange, Wolf- Zur Abgrenzung des Vertrags zugunsten Dritter und der
Dieter Drittschadensliquidation, Diss. Berlin 1956
- Lapajne, Stanko Für die Beurteilung der internationalen Vertragsverlet-
zungen nach der lex loci laesionis, Mélanges Streit, vol. I,
Athènes 1939, S. 531 ff.
- de Lapradelle, A. Répertoire de droit international, vol. I-X, Paris 1929-1934
- Niboyet, J.-P.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I — Allgemeiner Teil,
7. A., München und Berlin 1964, Bd. II — Besonderer Teil,
7. A., München und Berlin 1965
- ders. Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs,
VersR 1963, 1 ff.
- Laurent, Colette Quelle est la loi applicable à la réparation d'un dommage
causé par un délit commis à l'étranger, mais punissable
par la loi pénale belge? En hommage à Léon Graulich, ses
anciens élèves, Faculté de droit de Liège 1957, S. 683 ff.
- Laurent, F. Le droit civil international, vol. VIII, Bruxelles-Paris 1881
- Laxague, J. Conflit des lois en matière de présomptions de survie
pour le cas de mort simultanée, Clunet 1902, 423 ff.
- Lenhoff, Arthur Probleme des zwischenstaatlichen Versicherungsrechtes in
amerikanischer Sicht, VersArch 1955, 267 ff.
- ders. Die spezifischen grenzrechtlichen Probleme im neueren
amerikanischen Versicherungsrecht, Internationales Ver-
sicherungsrecht — Festschr. f. Albert Ehrenzweig, Karls-
ruhe 1955, S. 153 ff.
- Lent, Friedrich Welcher Zeitpunkt ist für die Bemessung des Schadens-
ersatzes maßgebend? DJ 1941, 770 ff.
- Leonhard, Franz Die Beweislast, 2. A., Berlin 1926
- Lerebours-Pigeon- Droit international privé, 8. A., Paris 1962
nière, Paul /
- Loussouarn, Yvon
- Leuch, G. Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern samt einem
Anhang zugehöriger Erlasse, Kommentar, 2. A., Bern 1937
- ders. Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen
Rechts im Sinne von Art. 56 OG oder kantonalen Rechts?
SchwJZ 36 (1939/40) 293 ff.

- Lewald, Hans Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931
- ders. Règles générales des conflits de lois, RdC 1939 III 5 ff.
- Lindenmaier, Fritz Die Vereinheitlichung des materiellen europäischen Patentrechts, GRUR 1942, 485 ff.
- Löffler, Martin Presserecht, München und Berlin 1955
- Lorenz, Werner Die Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, Festschr. f. H. Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59 ff.
- Loussouarn, Yvon Note in Rev.crit. 1956, 74
- ders. Note in Rev.crit 1960, 72
- Lüderitz, Alexander Kumulation und Grundsatz des schwächeren Rechts im internationalen Privatrecht, Diss. Köln 1957
- ders. Ehreenschutz im internationalen Privatrecht, NJW 1962, 2142 ff.
- Lüders, C.H. Das Währungsstatut interzonaler Geldverbindlichkeiten, MDR 1948, 384 ff.
- Lütkehaus, Manfred Die Bedeutung des Personalprinzips im internationalen Deliktsrecht, Diss. Münster 1963
- Luther, Gerhard Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnißbruch im internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten, FamRZ 1959, 475 ff.
- Luzzatto, Riccardo Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato, Milano 1965
- Malintoppi, Antonio Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto, Milano 1955
- Mampel Wie sind Verpflichtungen zu erfüllen, wenn Gläubiger und Schuldner in verschiedenen Währungsgebieten wohnen? JR 1949, 30 ff.
- Makarov, Alexander N. Theorie und Praxis der Qualifikation, Festschr. f. H. Dölle, Bd. II, Tübingen 1963, S. 149 ff.
- Mann, Frederick Alexander The legal aspect of money, 2. A., Oxford 1953
- ders. Das Recht des Geldes, Frankfurt/M.-Berlin 1960
- Mannheim Preßrecht, Berlin 1927
- Marti, Hans Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz, Bern 1940
- Marty, Gabriel La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française), Rev.trim.dr.civ. 1939, 685 ff.
- Matthies, Heinrich Die deutsche internationale Zuständigkeit, Frankfurt/M. 1955

- Maurer, Alfred Zum Regreßrecht der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1 (1957) 215 ff.
- ders. Recht und Praxis der Schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. A., Bern 1963
- Mayer, Wolfgang Die Valutaschuld nach deutschem Recht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934
- Mayne - Mc-Gregor, Harvey On damages, 12. A., London 1961
- Mazeaud, Henri et Léon - Tunc, André Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5. A., Paris, vol. I 1957, vol. II 1958, vol. III 1960
- McCormick, Charles T. Handbook on the law of damages, St. Paul/Minn. 1935
- McKelvey, John Jay Handbook of the law of evidence, 4. A., St. Paul/Minn. 1932
- Meijers, E.M. Note in N.J. 1939 Nr. 69
- Melchior, George Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1932
- Mendelssohn-Bartholdy, A. Der Rechtsschutzanspruch im Licht internationalen Rechts, RheinZ 12 (1923) 9 ff.
- ders. Delimitation of right and remedy in the cases of conflict of laws, BYBIL XVI (1935) 20 ff.
- ders. Book Review, 51 L.Q.R. 553 ff. (1935)
- Menger, Anton System des oesterreichischen Civilproceßrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. I — Allgemeiner Theil, Wien 1876
- Mertens, Hans-Joachim Ausländisches Kartellrecht im deutschen internationalen Privatrecht, RabelsZ 31 (1967) 385 ff.
- Messineo, Francesco Manuale di diritto civile e commerciale, 9. A., vol. V, Milano 1958
- Messner, Ernest J. The jurisdiction of a court of equity over persons to compel the doing of acts outside the territorial limits of the state, 14 Minn.L.Rev. 494 ff. (1930) — hier zitiert nach Selected readings on conflict of laws, St. Paul/Minn. 1956, S. 291 ff.
- Michaelis, Karl Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, Leipzig 1943
- Mittermaier Ueber die Collision der Proceßgesetze, AcP 13 (1830) 293 ff.
- Möller, Hans Ist die Einführung eines eigenen Rechts des Drittgeschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, insbesondere in der Kraftfahrhaftpflichtversicherung empfehlenswert? ZVersWiss 1963, 409 ff.

- Morelli, Gaetano *Diritto processuale civile internazionale*, 2. A., Padova 1954
- ders. *Elementi di diritto internazionale privato*, 7. A., Napoli 1962
- Morgan, Edmund M. *Choice of law governing proof*, 58 Harv.L.Rev. 153 ff. (1944-45)
- ders. *The law of evidence*, 59 Harv.L.Rev. 481 ff. (1945-46)
- Morris, J.H.C. *Torts in the conflict of laws (Note of the case McElroy v. McAllister)*, 12 Mod.L.Rev. 248 ff. (1949)
- ders. *The proper law of a tort*, 64 Harv.L.Rev. 881 ff. (1950-51)
- ders. *The proper law of the tort again*, 79 L.Q.R. 484 ff. (1963)
- Müller-Freienfels, Wolfgang *Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Abstammungsklage*, FamRZ 1957, 147 ff.
- Müller-Stüler, Michael *Der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer*, Karlsruhe 1966
- Mulder, A.C.J. *Inleiding tot het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht*, 2. A., Arnhem 1947
- Neubecker, F.K. *Internationales Privatrecht auf deutsch-rechtlicher Grundlage*, JfIR 1912/13, 8 ff.
- Neuhaus, Paul Heinrich *Besprechung*, RabelsZ 16 (1951) 651 ff.
- ders. *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin-Tübingen 1962
- Neumann-Duesberg, H. *Das Recht der Gegendarstellung im Presserecht*, NJW 1960, 2032 ff.
- Neumeyer, Karl *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. I, München und Berlin 1910, Bd. II, München und Berlin 1922, Bd. III, 2. Abtl., München, Berlin und Leipzig 1930
- ders. *Die Wassernutzung im internationalen Verwaltungsrecht*, Annalen des Deutschen Reichs 1915, 768 ff.
- ders. *Anm. in JW* 1929, 435 f.
- ders. *Internationales Privatrecht*, 2. A., München-Berlin-Leipzig 1930
- ders. *Le nom des personnes en droit administratif — Étude de droit comparé et de droit administratif international*, RDILC 1938, 827 ff.; 1939, 41 ff.
- ders. *Der Beweis im internationalen Privatrecht (nicht mehr erschienener Beitrag für Mélanges Streit, vol. II) — in italienischer Übersetzung: La prova in diritto internazionale privato*, Dir.int. 1962, 180 ff.
- Neuner, Robert *Internationale Zuständigkeit*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929

- ders. Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 277 ff.
- ders. Der Sinn der Internationalprivatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1932
- Niboyet, J.-P. Des conflits de lois relatifs aux paiements depuis la dernière guerre d'après la jurisprudence française, Revue 1925, 161 ff.
- ders. Note in Revue 1931, 294/670
- ders. Note in S. 1934.2.50 ff.
- ders. Traité de droit international privé, vol. V, Paris 1948
- Niederer, Werner Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1954
- Niederländer, H. Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht, RabelsZ 20 (1955) 1 ff.
- Niedner, A. Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896, Berlin 1899
- Niemeyer, Theodor Positives Internationales Privatrecht. Erster Teil. Das in Deutschland geltende Internationale Privatrecht, Leipzig 1894
- de Nova, Rodolfo La commorienza in diritto internazionale privato, Festschr. f. H. Lewald, Basel 1953, S. 339 ff.
- ders. I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia, Dir.int.1959, 13 ff.
- Nussbaum, Arthur Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen 1925
- ders. Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes, Berlin und Leipzig 1928
- ders. Deutsches Internationales Privatrecht, Tübingen 1932
- ders. Money in the law national and international, Brooklyn 1950
- Oertmann, Paul Eine Streitfrage aus dem Gebiete des dinglichen Gerichtstandes, Das Recht 1912, 80 ff.
- Offerhaus, Johannes Nederlandsch internationaal bewijsrecht, Diss. Amsterdam 1918
- ders. Aanpassing in het internationaal privaatrecht, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks — deel 26 — Nr. 5, Amsterdam 1963
- Oftinger, Karl Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. A., Bd. I, Zürich 1958, Bd. II, 1. Teil, Zürich 1960, Bd. II, 2. Teil, Zürich 1962
- Ostertag, Fritz Territorialität oder Universalität im Markenrecht, Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Goet-

- zinger, Basel 1935, S. 212 ff. (französische Fassung: Territorialité ou universalité dans le domaine du droit sur les marques, Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire 1937, 1 ff.)
- Pagenstecher, Max Kann ein in Abwesenheit des Angeklagten ergangenes Adhäsionsurteil des Zürcherischen Schwurgerichts in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden? RheinZ 12 (1923) 139 ff.
- ders. Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen, RabelsZ 11 (1937) 337 ff.
- Pau, Giovanni La prova nel diritto internazionale privato, Roma 1948
- Perrot, Roger Le régime des preuves en droit international privé français, JdT 1962, 273 ff.
- Perroud, Jean Note in Clunet 1923, 855
- ders. La détermination de la monnaie de paiement, la clause „Paiement or“ et le problème du change, Clunet 1924, 628 ff.
- Petschek, Georg - Der österreichische Zivilprozeß — Eine systematische
Stagel, Friedrich Darstellung, Wien 1963
- Picard, Maurice - Les assurances terrestres en droit français, Paris 1950
Besson, André
- Pichler, Josef Skiunfall und internationales Privatrecht, öJZ 1967, 511 ff.
- Pirk, Berthold Besprechung, GrünhZ 31 (1904) 765 ff.
- Pisko, Oskar Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechts, Wien 1923
- Planiol, Marcel - Traité pratique de droit civil français, 2. A., tome VI —
Ripert, Georges Obligations — première partie (par Paul Esmein), Paris 1952
- Pohle, Rudolf Zur Beweislast im internationalen Recht, Festschr. f. H. Dölle, Bd. II, Tübingen 1963, S. 317 ff.
- van Praag, Léon Juridiction et droit international public, vol. I, La Haye 1915
- Preston and New- On limitation of actions, 3. A., London 1953
som
- Privat, Constantin Der Einfluß der Rechtswahl auf die rechtsgeschäftliche Mobilienübereignung im internationalen Privatrecht, Bonn 1964
- Prölss, Erich R. Die Versicherung der gesetzlichen Haftpflicht für Kraftfahrzeugunfälle, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, Berlin und Tübingen 1950, S. 571 ff.
- ders. Das Statut der Zweigniederlassung im internationalen Versicherungsrecht, RabelsZ 16 (1951) 203 ff.

- ders. International-rechtliche Aspekte der Kraftfahr-Haftpflichtversicherung, Karlsruhe 1957
- ders. Versicherungsvertragsgesetz, 15. A., München und Berlin 1965
- Prölss, Jürgen Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966
- Prosser, William L. Handbook of the law of torts, St. Paul/Minn. 1941
- ders. The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer), 69 Yale L.J. 1099 ff. (1959-60)
- Raape, Leo Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts, Festschr. f. G. Boehmer, Bonn 1954, S. 111 ff.
- ders. Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht, NJW 1959, 1013 ff.
- ders. Internationales Privatrecht, 5. A., Berlin und Frankfurt/M. 1961
- Rabel, Ernst Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen, Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932, Berlin und Leipzig 1932, S. 10 ff.
- ders. The conflict of laws — A comparative study, vol. II, 2. A. (bearb. v. Drobnig), Chicago 1960, vol. III, Chicago 1950
- Rebmann, Kurt - Ott, Martin - Storz, Werner Das baden-württembergische Gesetz über die Presse (Landespressegesetz), Stuttgart 1964
- Reese, Willis - Flesch, Alma Agency and vicarious liability in the conflict of laws, 60 Col.L.Rev. 764 ff. (1960)
- Reh, Hans-Joachim Hessisches Pressegesetz, Wiesbaden 1963
- Groß, Rolf
- Rehbinder, Eckard Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965
- Reimer, Eduard Patent- und Gebrauchsmusterrecht, 2. A., München-Köln-Berlin 1958
- Rennefahrt Das Urteil nach freiem richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung „aller Umstände“ nach Bundesrecht und die kantonalen Zivilprozeßgesetze, SchwJZ 2 (1905) 133 ff.
- Restatement of the law of conflict of laws as adopted and promulgated by the American Law Institute, St. Paul/Minn. 1934
- Rheinstein, Max Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin und Leipzig 1932
- Riezler, Erwin Die räumliche Begrenzung des Privatrechts, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-histor. Klasse, Jahrg. 1948 H. 2, München 1949

- ders. Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe z. 70. Geburtstag von L. Rosenberg, München und Berlin 1949, S. 199 ff.
- ders. Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin-Tübingen 1949
- Rigaux, François La théorie des qualifications en droit international privé, Paris 1956
- Rilling, Konrad Die Bürgschaft nach deutschem internationalem Privatrecht, Diss. Tübingen 1935
- Ripert, Georges Les dommages-intérêts en monnaie étrangère, Revue critique de législation et de jurisprudence 46 (1926) 25 ff.
- Roeber, Horst - Alberding, Hans Jochen Recht der Presse, Bd. 1: Synoptische Darstellung der Pressegesetze der Bundesländer, Köln-Berlin-Bonn-München o.J.
- dies. Recht der Presse, Bd. 9: Pressegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Köln-Berlin-Bonn-München o.J.
- Roelli, Hans - Jaeger, Carl Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. II, Bern 1932
- Röttger, Martin Das Territorialitätsprinzip im Warenzeichenrecht, GRUR Ausl. 1964, 125 ff.
- Rogers, Jack J. Injunctions against suits in foreign jurisdictions, 10 La.L. Rev. 302 ff. (1950)
- Rolin, Albéric Principes du droit international privé, vol. III, Paris 1897
- Ronse, Jan Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, Brüssel 1954
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. A., München und Berlin 1961
- ders. Die Beweislast, 5. A., München-Berlin 1965
- Ruhr, Fritz Der Einfluß der Vorbehaltsklausel auf die Deliktobligationen, Diss. Bonn 1930
- Ruini, Antonio Il diritto al nome nel diritto internazionale privato, Temi 1953, 466 ff.
- van Ryn, Jean Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, Rev.crit.jur. belge 1957, 297 ff.
- Rutz, Aloys Die Schuldwährung der Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen, Freiburg/S. 1962
- Ryser, Hans-Ulrich Der Versicherungsvertrag im internationalen Privatrecht, Diss. Bern 1957
- Salmond, J.W.S. - Heuston, R.F.V. On the law of torts, 12. A., London 1957
- Salomonson, F. Nogmaals de subrogatie van een buitenlands risicodrager ex sociale verzekering, N.J.B. 1959, 301 ff.

- Satter, Karl Die Berner Urheberrechts-Konvention und das internationale Privatrecht, Geistiges Eigentum I (1936) 241 ff.
- Savatier, René Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, vol II, 2. A., Paris 1951
- ders. Note in D. 1936.1.49
- Sauveplanne, J. G. De subrogatie in het internationaal privaatrecht, De conflictu legum. Bundel opstellen aangeboden aan Roeland Duco Kollewijn — Johannes Offerhaus, Leiden 1962, S. 413 ff.
- von Savigny, Carl Friedrich System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849
- Scaduto, Gioachino I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario, Milano 1924
- Schmeling, Günther Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Diss. Erlangen 1952
- Schmidt, Rudolf Der Ort der unerlaubten Handlung im internationalen Privatrecht, Festschr. f. H. Lehmann zum 60. Geburtstag, Berlin 1937, S. 175 ff.
- Schneeweiss, Franz Josef Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsort im deutschen internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Diss. Köln 1959
- Schnitzer, Adolf F. Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. A., Bd. II, Basel 1958
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig Der Übergang von Forderungen kraft Gesetzes — eine gesetzliche Lösung von Drittschadensfällen, DJ 1937, 1488 f.
- ders. Internationale Idealvereine, ZVöR 23 (1939) 111 ff.
- ders. Arbeitsrecht, 2. A., Göttingen 1954
- ders. Internationalrechtliche Fragestellungen zur Dogmatik des deutschen Zivilprozeßrechtes, Festschr. f. F. Lent, München-Berlin 1956, S. 245 ff.
- ders. Probleme des internationalen Arbeitsrechts, RdA 1958, 201 ff.
- ders. Vier Fragen aus dem Schadensersatzrecht, Festschr. f. E. Molitor, München und Berlin 1962, S. 365 ff.
- ders. Zum internationalen Urheberrecht außerhalb der Konventionen, Ufita 37 (1962) 281 ff.
- ders. Anm. zu AP § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz Nr. 16
- ders. Anm. zu AP § 242 BGB — Verwirkung Nr. 36
- ders. Straftaten in Flugzeugen — zugleich ein Beitrag zum deutschen internationalen Strafrecht, Erlangen 1965

- Schoch, Magdalene Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts, Leipzig 1934
- dies. Über die Grenzziehung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bei der Unterlassungsklage, Giur.comp.d.i.p. V, 174 ff.
- dies. Conflict of laws in a federal state: The experience of Switzerland, 55 Harv.L.Rev. 738 ff. (1941-42)
- Schönke, Adolf Beiträge zur Lehre vom Adhäsionsprozeß, Berlin und Leipzig 1935
- Schönke, Adolf - Straßgesetzbuch, Kommentar, 13. A., München und Berlin Schröder, Horst 1967
- Scholz, Ulrich Das Recht der Gegendarstellung in den Pressegesetzen — § 11 Reichspressegesetz und Landespressegesetze —, WRP 1961, 335 ff.
- Schramm, Carl Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, Berlin-Köln 1954
- Schröder, Jochen Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, Berlin 1961
- Schwartz, Ivo Deutsches internationales Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
- Schwind, Fritz Der Verkehrsunfall im österreichischen internationalen Privatrecht, ZVR 1965, 288 ff.
- Sedler, Robert The Erie outcome test as a guide to substance and procedure in the conflict of laws, 37 N.Y.U.L.Rev. 813 ff. Allen (1962)
- Seitz, Herbert Die Ersatzansprüche der Sozialversicherungsträger nach §§ 640 und 1542 RVO, 2. A., Berlin 1964
- Seligsohn, A. Patentgesetz, 7. A., Berlin und Leipzig 1932
- Seligsohn, Martin Die örtlichen Grenzen des Zeichenrechts, Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts, Berlin 1927, S. 193 ff.
- Serick, Rolf Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, RabelsZ 18 (1953) 633 ff.
- Sicot, Lucien - Précis de la loi sur le contrat d'assurance, 4. A., Paris Margeat, Henri 1962
- Sieg, Karl Der Anspruch des Drittgeschädigten gegen den Haftpflichtversicherer (praktische Ausgestaltung, dogmatische Rechtfertigung), ZVersWiss 1965, 357 ff.
- Simitis, Spiros Grundfragen der Produzentenhaftung, Tübingen 1965
- Slagter Das Regreßrecht des Sozialversicherungsträgers in Holland, Die Sozialversicherung 1964, 164 ff. (niederländische Originalfassung: Het regresrecht van de risicodragers)

- krachtens sociale verzekeringswetten volgens nederlands internationaal privaatrecht, Verkeersrecht 1963, 169 ff.)
- Sluyters, Bernhard Evidence in the conflict of laws — A comparative study of American and Dutch law, NTIR XIII (1966) 291 ff., 374 ff.
- Smeets, Stan Geen regres voor de Belgische verzekeraar volgens de Ned. Ongevallenwet, N.J.B. 1959, 112 ff.
- Smits, Theodorus Internationaal bewijsrecht in burgerlijke zaken, Diss. Amsterdam 1885
- Snijders, W. Het beroep van de verzekeraar op buitenlandse subrogatiebepalingen, N.J.B. 1959, 185 ff.
- Soergel, Th. - Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Kegel, Gerhard Nebengesetzen, 9. A., Bd. V, Stuttgart 1961
- Staudinger, J. v. - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. A., Bd. VI, 2. Teil, München, Berlin Raape, Leo und Leipzig 1931
- Steindorff, Ernst Die Anerkennung amerikanischer Kartellentscheidungen, NJW 1954, 374 ff.
- ders. Sachnormen im internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. 1958
- Stiefel, Ernst - Kraftfahrversicherung, 5. A., München und Berlin 1962 Wussow, Werner
- Storme, Marcel De bewijslast in het Belgisch privaatrecht, Gent 1962
- Strömholm, Stig Skadestandsproblem i den internationella privaträtten, Tidsskrift for Rettsvitenskap 73 (1960) 434 ff.
- ders. Torts in the conflict of laws — a comparative study, Stockholm 1961
- Stumberg, George Principles of conflict of laws, 2. A., Brooklyn 1951 Wilfred
- Tandogan Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit turc, comparé avec le droit suisse, Annales de la faculté de droit d'Istanbul XIII (1963) 77 ff.
- Tedeschi, Guido Il danno e il momento della sua determinazione, Riv.dir. priv. 1933 I 254 ff.
- Troller, Alois Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel 1952
- Troller, Kamen Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs (in vergleichender Darstellung der Rechte Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens, der Schweiz und der USA), Freiburg/S. 1962
- Ussing, Henry The Scandinavian law of torts — Impact of insurance on tort law, 1 AJCL 359 ff. (1952)
- Ubertazzi, Osservazioni per uno studio intorno ai diritti sui beni Giovanni M. immateriali nel diritto internazionale privato, JUS 6 (1955) 426 ff.

- Vander Elst, Raymond Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge, Paris-Bruxelles, vol. I — 1956, vol. II — 1963
- Vareilles - Sommières La synthèse du droit international privé, vol. II, Paris o.J.
- Venturini, Giancarlo Diritto internazionale privato — Diritti reali ed obbligazioni, Padova 1956
- Vischer, Frank Internationales Vertragsrecht, Bern 1962
- de Vos, Léopold Le problème des conflits de lois. Cours de droit international privé belge, vol. II, Bruxelles 1946
- Wach, Adolf Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1885
- ders. Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1888
- Wade, John W. Joint tortfeasors and the conflict of laws, 6 Vand.L.Rev. 464 ff. (1953)
- Wahl, Eduard Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe, Berlin und Leipzig 1935
- Wahle, Karl Beiträge zum Devisenrecht, Wien 1933
- ders. Die Prozeßmunschaft des Haftpflichtversicherers, ZVers-Wiss 1960, 50 ff.
- ders. Die Rechte des Verkehrsopfers und seines Sozialversicherers gegen den österreichischen Haftpflichtversicherer bei Unfällen in Ländern ohne obligatorische Autohaftpflichtversicherung, VersR 1962, 1021 ff.
- Walker, Gustav Internationales Privatrecht, 5. A., Wien 1934
- Wassermeyer, Heinz Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954
- Webb, P.R.H. The conflict of laws and the English fatal accident acts, 24 Mod.L.Rev. 467 ff. (1961)
- Weiss, André Traité théorique et pratique de droit international privé, 2. A., vol. V, Paris 1913
- Weitnauer, Hermann Die Haftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes in international-privatrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Wasserrecht 4 (1965) 1 ff.
- Wengler, Wilhelm Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, ZvglRW 54 (1941) 168 ff. — weniger zugänglich unter dem Titel: Studien zum internationalen Obligationenrecht, Sonderdruck aus dem nicht mehr erschienenen vol. II der Mélanges Streit
- ders. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZöR XXIII (1943) 473 ff.

- (französ. Fassung: Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, Rev.crit. 1952, 595 ff.; 1953, 37 ff.)
- ders. Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse, RabelsZ 16 (1951) 1 ff.
- ders. Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, Festschr. f. M. Wolff, Tübingen 1952, S. 337 ff. (französ. Fassung: Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé, Rev. crit. 1954, 661 ff.; italien. Fassung: Riflessioni sulla tecnica della qualificazione in diritto internazionale privato, Ann. dir.comp. XXXI (1956) 1 ff.)
- ders. Die Gesetze über den unlauteren Wettbewerb und das internationale Privatrecht, RabelsZ 19 (1954) 401 ff. (englische Fassung: Laws concerning unfair competition and the conflict of laws, 4 AJCL 167 ff. (1955))
- ders. Die Belegenheit von Rechten, Festschr. der Jur. Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, Berlin und Frankfurt/M. 1955, S. 285 ff. (französ. Fassung: La situation des droits, Rev.crit. 1957, 185 ff.; 409 ff.)
- ders. Die Beachtlichkeit fremden Kollisionsrechts. Eine Bestandsaufnahme und Besinnung zum Renvoi-Problem, IntRDipl. 1956, 56 ff.
- ders. Anm. in JZ 1961, 424 ff.
- Wenzel, Karl
Egbert Die örtliche und sachliche Zuständigkeit für Gegendarstellungsklagen, JZ 1962, 112 ff.
- Westlake, John -
Bentwich, Norman A treatise on private international law, 7. A., London 1925
- Wharton, Francis A treatise on the conflict of laws or private international
- Parmele, George law, 3. A., vol. II, Rochester 1905
- Wiegen, Sebastian Haftung für Delikte der Angestellten im internationalen Privatrecht, Diss. Greifswald 1918
- Wigmore, John H. A treatise on the anglo-american system of evidence, 3. A., vol. I, Boston 1940
- Williams, Glanville L. Joint torts and contributory negligence, London 1951
- Winfield, P. H. A textbook of the law of tort, 4. A., London 1948
- Wirner, Helmut Wettbewerbsrecht und internationales Privatrecht, München-Köln-Berlin-Bonn 1960
- Wolff, Martin Private international law, 2. A., Oxford 1950
- ders. Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. A., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954

- | | |
|--------------------------------|---|
| Wüstendörfer,
Hans | Neuzeitliches Seehandelsrecht, Hamburg 1947 |
| Wussow, Werner | Die Legalzessionen im internationalen Privatrecht, NJW 1964, 2325 ff. |
| Yiannopoulos,
Athanasios N. | Bills of lading and the conflict of laws — Validity of „negligence“ clauses in France, 7 AJCL 516 ff. (1958) |
| Zeiler, A. | Der § 287 ZPO als ein Fall der „vermittelnden Entscheidung“, RheinZ 8 (1915/16) 313 ff. |
| Zeller, Oscar | Gebrauchsmusterrecht, 2. A., Köln-Berlin 1952 |
| Zepos, Pan. J. | Le problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit hellénique, Revue Hellénique dr.int. 1962, 256 ff. |
| Zeuner, Albrecht | Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Festschr. f. H. Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, S. 295 ff. |
| Zitelmann, Ernst | Internationales Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1897, Bd. II, München und Leipzig 1912 |

Notes-Comments:

- Exercise of the power of equity to enjoin proceedings in another state, 22 Col.L.Rev. 360 ff. (1922)
- Equitable decrees ordering extra-territorial acts, 30 Col.L.Rev. 1178 ff. (1930)
- Foreign application of Louisiana's direct action statute: two views, 57 Col.L. Rev. 256 ff. (1957)
- Releases in the conflict of laws, 60 Col.L.Rev. 522 ff. (1960)
- Extra-territorial extent of a state's jurisdiction in personam, 21 Harv.L.Rev. 354 ff. (1907-08)
- The extra-territorial force of a decree by a court of equity, 23 Harv.L.Rev. 390 ff. (1909-10)
- The extraterritorial force of a decree by a court of equity, 31 Harv.L.Rev. 646 ff. (1917-18)
- The power of a court of equity to order a nonresident defendant to do a positive act in another state, 35 Harv.L.Rev. 610 ff. (1921-22)
- Fluctuating rates of exchange and the conflict of laws, 40 Harv.L.Rev. 619 ff. (1926-27)
- Presumptions, burden of proof and the conflict of laws, 43 Harv.L.Rev. 1134 ff. (1929-30)
- Equity acting in rem: injunctions in the absence of personal jurisdiction, 50 Harv.L.Rev. 495 ff. (1936-37)
- Limitations of carrier's liability and the conflict of laws, 54 Harv.L.Rev. 663 ff. (1940-41)
- Direct-action statutes: their operational and conflict-of-law problems, 74 Harv.L.Rev. 357 ff. (1960-61)
- Conflict of laws — Borrowing statutes, 78 Harv.L.Rev. 881 ff. (1965)

Developments in the law: injunctions, 78 Harv.L.Rev. 994 ff. (1965)
Products liability and the choice of law, 78 Harv.L.Rev. 1452 ff. (1965)
Conflict of laws — Res ipsa loquitur — Characterization of New York law in
Federal Court under Erie v. Tompkins, 27 N.Y.U.L.Rev. 348 ff. (1952)
Statutory presumptions of negligence in the conflict of laws, 42 Yale L.J.
286 ff. (1932-33)
Conflict of laws as to „parol evidence rule“, 141 A.L.R. 1046 ff. (1942)
Law of state where ticket was purchased, rather than law of state where acci-
dent occurred, as governing in action against carrier for death of passenger,
13 A.L.R. 2d 650 ff. (1950)
Conflict of laws — Carrier's liability, 30 A.L.R. 2d 1398 ff. (1953)

*Diversitas fori non debet
meritum causae vitare.*

(Dumoulin)¹

Einleitung

Die oben angeführte Bemerkung des berühmten französischen Juristen berührt — betrachtet man sie einmal losgelöst von ihrer historisch möglichen Interpretation — zwei überaus bedeutsame Fragen des internationalen Privatrechts, nämlich den Entscheidungseinklang sowie das Problem einer angemessenen Grenzziehung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Die Lösung des konkreten Falles soll möglichst nicht durch das mehr oder weniger zufällige Forum beeinträchtigt werden.

Inwieweit dieser Forderung für das Gebiet der unerlaubten Handlungen und der damit zusammenhängenden Fragen Genüge getan werden kann, soll in der vorliegenden Arbeit etwas näher darzulegen versucht werden. Der relativ große Fächer von Problemen wird natürlich die Konfrontation mit vielen Fragen des allgemeinen internationalen Privatrechts mit sich bringen, wie etwa dem Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, von dem bereits die Rede war und mit dem sich ja die Schweiz² auch innerhalb ihrer Landesgrenzen herumzuschlagen hat, der Kumulation, der Anknüpfung von Teilfragen, der *dépeçage* usw. Es wird sich dabei zeigen, daß zahlreiche allgemeine Institute des internationalen Privatrechts unter der speziellen Fragestellung in ganz anderem Licht erscheinen werden.

Wenn vor allem auf die Behandlung der Rechtsfolge (d. h. hier der besonderen kollisionsrechtlichen Probleme, die erst nach Auffindung des anwendbaren materiellen Rechts entstehen) und des sonstigen

1 Sur la coutume du Bourbonnois 36 — zit. nach Asser-Rivier, *Eléments de droit international privé ou du conflit des lois*, Paris 1884, S. 161 Anm. 1; bei Gamillscheg, *Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin-Tübingen 1955, wird im Verzeichnis der Werke Dumoulins auf S. 261 unter Nr. XXXIX aufgeführt „Le coutumier du pays et duché de Bourbonnois, annoté, Lyon 1752“.

2 Hierzu insbesondere: Schodt, *Conflict of laws in a federal state: The experience of Switzerland*, 55 *Harv.L.Rev.* 738 ff. (1941-42); Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, *Riv.dir.proc.* 1964, 64 ff.; Guldener, *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht*, ZSR 80 (1961 II) 1 ff.; ders., *Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz*, Zürich 1951; Voyame, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, ZSR 80 (1961 II) 67 ff.

Rechtsschutzes großer Wert gelegt wird, so deshalb, weil sich das quantitativ sehr ansehnliche Schrifttum zum internationalen Deliktsrecht³ hinsichtlich der damit verbundenen Problematik meist ausschweigt oder sie zur Beantwortung nur pauschal der *lex loci delicti commissi* zuweist.

Wo im einzelnen für letztere die maßgebliche lokale Beziehung zu suchen ist, steht hier nicht zur Diskussion, sie wird als bekannt vorausgesetzt. Sie ist auch materiell für die verschiedenen Fragen meist unwesentlich.

Desgleichen ist bei der Beeinflussung der Rechtsfolge und des sonstigen Rechtsschutzes durch die *lex fori* darauf hinzuweisen, daß es nicht so sehr entscheidend ist, die wohl unlösbare Aufgabe einer aprioristischen Scheidung von materiellen und prozessualen Normen

3 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien folgende selbständige Schriften und bedeutende Aufsätze aus der europäischen Literatur genannt: Voigt, Die internationalprivatrechtliche Regelung der Haftung aus unerlaubten Handlungen, Diss. Leipzig 1914; Ruhr, Der Einfluß der Vorbehaltsklausel auf die Deliktobligationen, Diss. Bonn 1930; Gruendorf, Der Begehungsort der unerlaubten Handlung im Deutschen Internationalen Privatrecht, Diss. Greifswald 1935; Fischer, Der Schiffszusammenstoß im deutschen internationalen Privatrecht, Diss. Hamburg 1937; Binder, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, *RebelsZ* 20 (1955) 401 ff.; Schneeweiß, Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsort im deutschen internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Diss. Köln 1959; Wirner, Wettbewerbsrecht und internationales Privatrecht, München-Köln-Berlin-Bonn 1960; Gloede, Der Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts nach deutschem internationalen Privatrecht, Diss. Hamburg 1960; Böhmer, Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlungen im deutschen internationalen Privatrecht, Diss. Erlangen 1962; Lütkehaus, Die Bedeutung des Personalprinzips im internationalen Deliktsrecht, Diss. Münster 1963; Hillgenberg, Das Internationalprivatrecht der Gefährdungshaftung für Atomschäden, Diss. Bonn 1963; Hieber, Die unerlaubten Handlungen im internationalen Privatrecht, Diss. Basel 1950 (auszugsweise abgedruckt im *Jahrbuch der Basler Juristenfakultät* 1949—1952, Basel 1953, S. 150 ff.); Froriep, Der unlautere Wettbewerb im internationalen Privatrecht, Winterthur 1955; Delachaux, Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasidelikt im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1960; K. Troller, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, Freiburg i. S. 1962; Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris 1961; Vander Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé française et belge*, vol. I/II, Paris-Bruxelles 1956/1963; Dubbink, *De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Diss. Amsterdam, 's Gravenhage 1947; Drion, *De ratio voor toepassing van vreemd recht in zake de onrechtmatige daad in het buitenland*, R. M. Themis 1949, 3 ff.; Lüer, *The lex loci delicti in single contact cases — a comparative study of continental and american law*, NTIR XII (1965) 124 ff.; Cereti, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Torino 1925; de Nova, *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, *Comunicazioni e Studi* IV (1952) 7 ff.; Ferrari Bravo, *Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato*, *Riv. dir. priv.* 1961 I 80 ff.; Tommasi di Vignano, *Alcune osservazioni in merito alla determinazione del „locus delicti commissi“*, Firenze 1960; Strömholm, *Torts in the conflict of laws — a comparative study*, Stockholm 1961; Ténékidès-Frangopoulos, *L'acte délictueux en droit international privé*, Athènes 1956 (*Anzeige in Rev. crit.* 1958, 641).

zu bewältigen, als sie vielmehr im Wege eines „functional approach“⁴ in den Griff zu bekommen.

Es versteht sich von selbst, daß nicht bloß um der Originalität willen für bestimmte Fragen besondere Anknüpfungen gesucht werden; denn dadurch würde das rechtlich zu beurteilende Lebensverhältnis nur unnötigerweise kollisions- und damit auch materiell-rechtlich aufgespalten, also die „materielle Harmonie“ gestört, ganz gleichgültig, ob man nun davon ausgeht, daß aus einem bestimmten Sachverhalt nur ein subjektives Recht hergeleitet werden kann, das lediglich durch die verschiedenen Staaten anerkannt wird, also seine Identität bewahrt, oder ob man im Sinne der local law-Theorie ein Bündel von subjektiven Rechten, die im wesentlichen den gleichen Inhalt haben, annimmt⁵, wie man in ähnlicher Weise bei den Immaterialgüterrechten verfährt⁶.

Im Gegensatz zum internationalen Vertragsrecht ist das internationale Privatrecht der unerlaubten Handlungen von vornherein schärfer zu fassen, da wenigstens in dem bereits zum Dogma erstarrten Satz von der Maßgeblichkeit des Rechts des Begehungsortes eine von der Rechtsprechung und auch der Lehre in so gut wie allen Staaten anerkannte Kollisionsnorm vorhanden ist. Neuere Versuche, diesen Grundsatz flexibler zu gestalten⁷, können hierbei einmal unberücksichtigt gelassen werden. Die Erörterung der mit der Rechtsfolge und dem Rechtsschutz zusammenhängenden Detailfragen verfügen daher über einen gewissen sicheren Ausgangspunkt. In der Mehrzahl drehen sich diese entweder um eine Veränderung des Inhalts oder des Inhabers des aus der unerlaubten Handlung entspringenden subjektiven Rechts. Sie können daher unter die von Wengler⁸ vorgeschlagene Kategorie „inhaltlicher Bestand subjektiver Rechte“ eingereiht werden, welche als Teil einer neuen, dem angewandten internationalen Privatrecht adäquateren Systematik die bisherigen Gruppierungen, die sich

4 Der Begriff wird hier in dem von Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin-Tübingen 1962, S. 80, angedeuteten Sinne gebraucht und nicht wie ihn etwa Hancock, Three approaches to the choice-of-law problem: the classificatory, the functional and the result-selective, XXth Century comparative and conflicts law, Legal essays in honor of Hessel E. Yntema, Leyden 1961, S. 365 (367: „The functional and the result-selective approaches proceed directly ... to a consideration of the policies of the competing domestic laws in order to make a choice between them.“) oder Akiba, Functional analysis approach analyzed, Hitotsubashi Journal of Law & Politics 1965, 23 ff. verstehen.

5 So Wengler, Die Belegenheit von Rechten, Festschr. der Jur. Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, Berlin u. Frankfurt/M. 1955, S. 303 ff.

6 Als Folge des sog. Territorialitätsprinzips.

7 Z.B. Morris, The proper law of a tort, 64 Harv. L. Rev. 881 ff. (1950-51) und Binder, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, RabelsZ 20 (1955) 401 ff.

8 Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZöR 1943, 473 (489) (franz. Fassung: Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, Rev. crit. 1952, 595 ff.; 1953, 37 ff.).

jeweils an dem in Frage stehenden materiell-rechtlichen Institut orientierten, ablösen soll.

Weil nun aber gerade der Blick darauf gerichtet wird, welche kollisionsrechtliche Behandlung das dem Kläger durch die *lex causae* zuerkannte Recht durch andere Kollisionsnormen oder durch das Prozeßrecht der *lex fori* erfahren kann, ist es unumgänglich, auch auf das im internationalen Privatrecht leider vernachlässigte Gebiet des präventiven Rechtsschutzes einzugehen, dessen Bedeutung nicht unterschätzt werden darf, sowie andere Formen der Rechtsverfolgung, wie z. B. den Widerruf, zu erörtern, die für den Kläger oft mehr Bedeutung haben als die bloße Abfindung in Geld.

Als gemeinsames methodisches Postulat kann für den ganzen anzusprechenden Problemkreis die *Scelle'sche*⁹ Figur des „*dédoublement fonctionnel*“¹⁰ dienen, wonach der Gesetzgeber der *lex fori* sich so verhalten solle, wie wenn er für alle Staaten tätig werden würde, also nicht bloß die Funktion des nationalen, sondern die eines internationalen Gesetzgebers wahrzunehmen hat, und damit nicht allein auf die Durchsetzung der eigenen Interessen bedacht ist. Zu den einzelnen Voraussetzungen dieser Forderung mag man sich stellen wie man will, jedenfalls ist sie geeignet, aus dem Gesichtskreis der *lex fori* herauszuführen. Inwieweit allerdings ein solches Ideal im angewandten Kollisionsrecht durchführbar ist, steht auf einem anderen Blatt.

9 Vgl. etwa *Précis de droit des gens*, vol. II, Paris 1934, S. 90.

10 Zu dessen international-privatrechtlicher Seite: Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. I, Paris 1947, S. 56 f.; Kopelmanas, *La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème des conflits des lois*, *Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris 1950, S. 753 ff.; Wiebringhaus, *Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung*, Beitrag zu einer universalistischen Theorie des International- und Völkerrechts, 2. A., Saarbrücken 1955; Miaja de la Muela, *La teoria del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado*, *Rev. esp. der. int.* 1953, 127 ff.; Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, S. 135 Anm. 1.

Vgl. aber schon W. Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Basel 1927, S. 411; Neuner, *Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm*, Brunn-Prag-Leipzig-Wien 1932, S. 28 sowie Wengler aaO S. 491.

1. Kapitel

Materiell-rechtliche Einwirkungen auf den Schadensersatzanspruch

I. Mehrfache Begründung des Schadensersatzanspruches

Daß die hier zur Erörterung stehenden Probleme nicht bloß ein rein theoretisches Interesse beanspruchen können, soll der folgende Sachverhalt zeigen, der einem niederländischen Rechtsstreit¹¹ entnommen ist:

Ein Franzose buchte bei der niederländischen Luftfahrtgesellschaft KLM in Bangkok einen Flug nach den Niederlanden. In dem Beförderungsvertrag war die Anwendung niederländischen Rechts vereinbart worden. Ihm lagen ansonsten die allgemeinen Transportbedingungen der IATA zugrunde. In Art. 6 dieser Bestimmungen war festgelegt, daß die Haftung der Gesellschaft für alle an Personen und Gepäck im Zusammenhang mit der Flugreise auftretenden Schäden ausgeschlossen sein solle. Der Wortlaut dieser Bestimmung war in englischer, französischer und niederländischer Sprache auf dem Vertragsformular abgedruckt. In Art. 6 hieß es noch weiter, daß die Gesellschaft auch von „other persons who might otherwise be entitled to claim in his behalf“ nicht in Anspruch genommen werden könne. Nach Art. 11 der Bedingungen sollten im Falle eines Widerspruchs der Vertragsbedingungen mit einer nationalen Rechtsordnung letzterer der Vorrang eingeräumt werden.

Kurz nach dem Start in Bangkok stürzte die Maschine ab, wobei der Franzose ums Leben kam. Die Witwe des Verunglückten klagte nun in ihrem und ihrer Kinder Namen in den Niederlanden gegen die KLM auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstanden sei. Die KLM treffe insbesondere deswegen die Schuld an dem Absturz, da die Maschine stärker als gemeinhin zulässig beladen gewesen sei. — Im Hinblick auf die rechtliche Seite des Falles ist noch zu bemerken, daß die Niederlande damals dem Warschauer Abkommen noch nicht beigetreten waren.

11 H. R., 18. 3. 1938 — N. J. 1939 Nr. 69 („De Ooievaar“). Die niederländischen Gerichte hatten sich nicht weniger als viermal mit diesem Rechtsstreit zu befassen: Rb 's Gravenhage, 28. 2. 1935 — N. J. 1936 Nr. 164; Hof 's Gravenhage, 17. 2. 1936 — N. J. 1936 Nr. 433; Hof 's Gravenhage, 1. 2. 1937 — N. J. 1937 Nr. 549 und schließlich die schon genannte Entscheidung des H. R. mit Note von E. M. M. (Meijers). Die durch diesen Fall aufgeworfene Problematik hat van Gorkum, De clausules betreffende uitsluiting van aansprakelijkheid, R. M. Themis 1939, 152 ff., einer genaueren Betrachtung unterzogen.

1. Die Problemstellung im internen deutschen Recht

Wenn man im deutschen Recht von „Anspruchskonkurrenz“ spricht, läßt sich unter diesem Terminus allerlei verstehen¹². Wir gehen hier nur von den am meisten vorkommenden Fällen, dem Zusammentreffen von Vertrags- und Deliktsanspruch, aus. Ein einheitlicher Sachverhalt kann sowohl unter die Vorschriften über Verträge als auch unter die deliktsrechtlichen Bestimmungen subsumiert werden. Welche Konsequenzen man aus einer solchen mehrfachen rechtlichen Qualifikation ziehen soll, das ist die entscheidende Frage.

Veranlaßt ist das Zusammentreffen der Vertrags- und Deliktsnormen eben dadurch, daß das gesetzgeberische Ideal, daß ein Sachverhalt nur in einer Weise rechtlich relevant sein soll, also einem Sachverhalt nur ein gesetzlicher Tatbestand zugeordnet wird, nicht durchgehalten werden konnte¹³. Die gesetzliche Regelung beschränkt sich darauf, nur jeweils einen oder mehrere Aspekte, aber nicht alle in einer Norm bzw. einem Kreis von Normen rechtlich festzulegen. Somit löst sich die Einheit im Tatsächlichen in eine Mehrheit von rechtlichen Aspekten auf. Des weiteren entsteht eine Normenkonkurrenz vor allem dann, wenn eine allgemeine Pflicht, die durch das Deliktsrecht aufgestellt wird, mit einer vertraglichen, also besonders übernommenen Pflicht zusammentrifft, und dieses Verhältnis der beiden Pflichten untereinander nicht in ein Rangverhältnis gebracht wird, sondern beide Pflichten nebeneinander bestehenbleiben.

Es geht folglich darum, ob man aus einem Sachverhalt, der sich unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen läßt, auch mehrere selbständige Rechtsfolgen ableiten kann und soll, oder ob sich aus diesem nur eine einheitliche Rechtsfolge ergibt, die mehrfach begründet ist. Nach der h. L.¹⁴ und Rechtsprechung¹⁵ bewirkt eine Tatbestandskonkurrenz auch eine Konkurrenz der Rechtsfolgen¹⁶, sie bringt die einzelnen möglichen Ansprüche in kein Rangverhältnis zueinander und läßt dem Kläger die Wahl zwischen den verschiedenen Ansprüchen, von denen er den ihm am günstigsten erscheinenden geltend machen kann. Die Rechtsprechung selbst sah sich aber in

12 Dies ist in fremden Rechten nicht anders. So heißt es bei Mazeaud-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 5. A., vol. III, Paris 1960, Nr. 174 (S. 224): „Peu de questions sont aussi discutées et aussi obscures.“

13 Vgl. Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechtes, Leipzig 1943, S. 166.

14 Statt vieler Dietz, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Bonn und Köln 1934, S. 125, 130.

15 RGZ 88, 433; 116, 213; BGHZ 9, 301 (302); 24, 188 (191); VersR 1957, 396.

16 So sagt Dietz aaO S. 127: „Im Zivilrecht stehen die beiden Rechtsfolgen — Ansprüche — selbständig und real nebeneinander.“

vielen Fällen gezwungen, eine Einwirkung des Anspruchs aus Vertrag auf den deliktsrechtlichen Anspruch anzuerkennen; insbesondere bei vertraglich vereinbarten Haftungsbeschränkungen.

Neuerdings treten jedoch *Larenz*¹⁷ und ihm folgend *Esser*¹⁸ dafür ein, daß sich aus einem Sachverhalt auch nur eine Rechtsfolge ergebe, die lediglich mehrfach begründet sein könne. Die allgemeine Rechtspflicht, fremde Rechte und geschützte Rechtsgüter nicht zu verletzen, werde durch die besondere vertragliche Sorgfaltspflicht, soweit sie auf das gleiche Ziel gerichtet sei, nur verstärkt. Rechtstheoretisch sei unhaltbar, beide Pflichten als real nebeneinander bestehend anzusehen, weil ein und dieselbe Rechtsordnung jeweils das gleiche vom Rechtsgenossen verlange, wenn auch aus mehrfachem Grunde. Es liege daher nur ein Anspruch vor, falls diese Pflicht verletzt werde. Würden sich die Rechtsfolgen unterscheiden (z. B. kein Schmerzensgeld im Vertragsrecht), dann müsse dieser Umstand berücksichtigt werden¹⁹.

An sich müßte nach der genannten Ansicht die Kongruenz auf der Tatbestandsseite auch eine Rechtsfolgenkongruenz mit sich bringen. Diese Konsequenz wird indes nicht gezogen; dies dürfte auch kaum möglich sein, weil es nach dem Gesetz eben keine einheitliche Rechtsfolge bei Tatbestandskongruenz gibt. Diese muß vielmehr erst aus vertraglichen und deliktsrechtlichen Momenten zusammengesetzt werden. Es handelt sich daher genau genommen um einen Anpassungsvorgang innerhalb des deutschen materiellen Rechts. Ob man diese Betrachtungsweise auch auf das internationale Privatrecht übertragen kann, wird noch festzustellen sein.

2. Rechtsvergleichung

Ein Blick auf einige Rechtsordnungen wird uns zeigen, daß Erörterungen über die Behandlung der Anspruchskonkurrenz im IPR nicht nur theoretische Spielerei sind. Die internrechtlichen Lösungen der einzelnen Rechtsordnungen differieren nämlich — grosso modo betrachtet — z. T. nicht unerheblich untereinander. Der romanische Rechtskreis nimmt zu vorliegendem Problem selbst keine einheitliche

17 Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 7. A., München und Berlin 1965, S. 474 und schon in Vertrag und Unrecht, Bd. II, Hamburg 1937, S. 76, dem sich Michaelis aaO S. 167 anschloß.

18 Schuldrecht, 2. A., Karlsruhe 1960, S. 72 f.

19 Ähnlich Schnorr von Carolsfeld, Internationalrechtliche Fragestellungen zur Dogmatik des deutschen Zivilprozeßrechts, Festschr. f. Lent, München-Berlin 1956, S. 258 Anm. 58 und Arbeitsrecht, 2. A., Göttingen 1954, S. 271, der aber keine Tatbestandskonkurrenz annimmt, sondern durch den Gedanken der Subsidiarität eine Rangfolge unter den einzelnen Ansprüchen herstellen will.

Stellung ein. In Frankreich²⁰ macht die Rechtslage auf den ausländischen Betrachter einen etwas verwirrenden Eindruck. Soweit das Vertrags- wie auch das Deliktsrecht zum gleichen Ergebnis führen, beachten die französischen Gerichte die Trennung von vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch nicht; nur dann, wenn sich praktische Unterschiede zwischen den beiden Haftungsbereichen ergeben, wird die Frage akut²¹. Diese Praxis wird durch die Cour de cassation insofern begünstigt, als diese den Untergerichten erlaubt, die Frage dahingestellt sein zu lassen, ob der Schadensersatzanspruch aus Vertrag oder aus Delikt begründet ist, wenn die Unterscheidung nur von theoretischem Interesse sei²². Derartige Entscheidungen geben daher für unsere Problematik nichts her. Die Cour de cassation hat selbst Urteile gefällt, die sich für und gegen die Anspruchskonkurrenz aussprechen²³; die Entscheidungen, die die Anspruchskonkurrenz verneinen, sind jedoch in der Überzahl, so daß nach der französischen Rechtsprechung²⁴ grundsätzlich die Vertragshaftung die deliktische Haftung ausschaltet, nur erstere kommt zum Zuge, letztere dagegen ist ihr gegenüber subsidiär²⁵.

Obwohl sich der belgische Code civil mit dem französischen deckt, hat die belgische Rechtsprechung einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen und befürwortet in weitem Maße die Anspruchskonkurrenz²⁶.

Auch die neuere Rechtsprechung der italienischen Corte di cassazione entfernt sich von der französischen Auffassung. In mehreren Entscheidungen hat sie sich für einen „concorso della responsa-

20 Eine Darstellung der älteren Lehre gibt Ferid, Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und englischen Recht, Diss. München 1932 (immer noch die einzige rechtsvergleichende Arbeit zu diesem Themenkreis). Vgl. neuestens auch Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968, S. 34-62.

21 Mazeaud-Tunc, vol. II, Paris 1958, Nr. 147 (S. 182).

22 S. die Nachweise bei Mazeaud-Tunc, vol. II Nr. 147 Anm. 1 bis (S. 182).

23 Vgl. die Zusammenstellung bei Mazeaud-Tunc, vol. II Nr. 190 (für den „cumul“ (S. 242-246); Nr. 191 (S. 246-249) gegen den „cumul“ (genauer: option).

24 Grundlegende Entscheidungen sind etwa Cass., 21. 1. 1890 — S. 1890. 1.408; Cass., 6. 4. 1927 — S. 1927. 1. 201 m. N. v. H. Mazeaud; Cass., 13. 5. 1955 — D. 1956, 53 m. N. v. Savatier. Vgl. auch Cass., 19. 6. 1951 — S. 1952 1. 89 m. N. v. Nerson (affaire Lamoricière).

25 Es liegt außerhalb dieser Skizze, auch die französische Doktrin zur Darstellung zu bringen. Hierzu sei auf Mazeaud-Tunc, vol. II Nr. 192 ff. (S. 249 ff.) und Planiol-Ripert (Esmein), Traité pratique de droit civil français, 2. A., Paris 1952, vol. VI Nr. 488 ff. (S. 660 ff.) verwiesen.

26 S. die bei van Ryn, Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, Rev. crit. jur. belge 1957, 297 in Anm. 2. zitierten Entscheidungen (das Hauptwerk van Ryn, Responsabilité aquilienne et contrats, war dem Verfasser leider nicht zugänglich). Van Ryn aaO S. 309 wendet sich gegen die subsidiäre Konzeption des Deliktsrechts.

bilità contrattuale con la responsabilità extracontrattuale" ausgesprochen^{27, 28}.

Einen besonderen Standpunkt nimmt die niederländische Rechtsprechung ein. Der Hoge Raad differenziert nach bestimmten Fallgruppen. Der Anspruch aus unerlaubter Handlung (onrechtmatige daad) ist dann ausgeschlossen, wenn die unerlaubte Handlung nur in der Verletzung einer auch vertraglichen Pflicht besteht²⁹. Hat jedoch der eine Vertragspartner den anderen beim Abschluß des Vertrages betrogen, so kann der betrogene Vertragspartner zwischen dem vertraglichen und dem deliktischen Anspruch wählen³⁰. Bei Vertragsverletzung wegen Nicht- oder Schlechterfüllung (wanprestatie) ist demnach nur der Vertragsanspruch gegeben, die deliktsrechtlichen Vorschriften werden verdrängt³¹.

Das niederländische Recht schafft nun gleich die Verbindung zum englischen Recht; denn auch dieses läßt bei fraudulent misrepresentation die Klage aus Delikt, die action of deceit, zu³². Aber damit ist der gemeinsame Anwendungsbereich von Vertrag (contract) und unerlaubter Handlung (tort) noch nicht erschöpft. Es kann nämlich auch für das englische Recht die Feststellung getroffen werden, daß „... the same facts may nevertheless create alternative liability in tort or in contract“³³, so können etwa Schadensersatzansprüche aus negligence und contract nebeneinander bestehen³⁴. Im einzelnen mögen freilich Zweifel entstehen, für deren Erörterung hier aber kein Raum ist.

27 Cass., 18. 3. 1950 — Mass. Giur. It. 1950 Nr. 740 (col. 192); 16. 4. 1951 — Mass. Giur. It. 1951 Nr. 933 (col. 258); 9. 4. 1952 — Mass. Giur. It. 1952 Nr. 966 (col. 272); 15. 6. 1954 — Mass. Giur. It. 1954 Nr. 2016 (col. 448).

28 De Cupis, Fatti illeciti, in Scialoja-Branca, Commentario del codice civile, Bologna-Roma 1960, S. 307 meint, daß nur ein Anspruch bestehe; denn Objekt und Grund des Anspruchs seien gleich, nämlich der zu ersetzende Schaden; ob der Schaden vertraglicher oder außervertraglicher Natur sei, ändere nichts an dessen Identität. Es bestehe nur ein „concorso di norme applicabili“.

29 H. R., 11. 6. 1926 — W. 11521 (1); 9. 12. 1955 — N. J. 1956 Nr. 157 m. N. v. L. E. H. R.; 31. 1. 1958 — N.J. 1958 Nr. 251 m. N. v. Kingma Boltjes.

30 H. R., 16. 12. 1932 — N. J. 1933, 458 m. N. v. E. M. M. (Meijers); 28. 6. 1957 — N. J. 1957 Nr. 514 m. N. v. L. E. H. R.; 16. 11. 1956 — N. J. 1957 Nr. 619 m. N. v. D. J. V.

31 Asser-Rutten, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Bd. III 2, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet, 2. A., Zwolle 1961, S. 355, 437.

32 Cheshire-Fifoot, The law of contracts, 6. A., London 1964, S. 242 f.

33 Winfield, A textbook of the law of tort, London 1937, S. 6; ferner Salmond-Heuston, The law of torts, 12. A., London 1957, S. 9 ff.; Clerk-Lindsell, On torts, 12. A., London 1961, S. 2 ff.

34 Die action of assumpsit, der Ausgangspunkt des englischen Vertragsrechts, hatte einen starken deliktsrechtlichen Einschlag. Vgl. aus der Literatur Rheinstein, Die Struktur der vertraglichen Schuldverhältnisse im anglo-amerikanischen Recht, Berlin und Leipzig 1932, S. 22 ff.

Das amerikanische Recht anerkennt gleichfalls das Nebeneinander von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt. Der Kläger hat auch hier die Wahl, auf welchen von beiden er sich stützen will ³⁵.

Dieser skizzenhafte Überblick zeigt uns, daß in vielen Rechtsordnungen die Möglichkeit besteht, zwischen Vertrags- und Deliktshaftung wählen zu können. Auf der anderen Seite sind es gerade zwei Nachbarrechtsordnungen, das französische und das niederländische Recht, die dem Vertragsanspruch den Vorrang einräumen und die Deliktshaftung für subsidiär erklären.

3. Fallgestaltung im IPR

Für die internationalprivatrechtliche Behandlung der Anspruchskonkurrenz ist es wichtig zu wissen, welche Konstellationen entstehen können, wenn der Vertragsanspruch einer anderen Rechtsordnung unterliegt als der Deliktsanspruch, so z. B., wenn A in Deutschland eine Busfahrt nach Italien bucht, deutsches Recht also Vertragsstatut ist, der Busfahrer aber auf der Fahrt nach Italien in der Schweiz schuldhaft einen Unfall verursacht, bei dem A verletzt wird, folglich das schweizerische Recht als Deliktsstatut anzusehen ist.

Vorauszuschicken ist, daß hier natürlich nur die Fälle erörtert werden, in denen Gläubiger und Schuldner jeweils die gleichen Personen sind; ferner, daß unsere Untersuchungen nur privatrechtliche und nicht auch öffentlich-rechtliche Ansprüche zum Gegenstand haben ³⁶.

Für die Frage der Anspruchskonkurrenz gehen wir zunächst davon aus, daß sowohl das Vertragsstatut wie auch das Deliktsstatut das Nebeneinander von beiden Ansprüchen anerkennen (1. Fallgruppe). Demgegenüber stehen die Fälle, in denen nur ein Statut die Anspruchskonkurrenz bejaht, sei es, daß sie das Vertragsstatut verneint (2. Fallgruppe) und das Deliktsstatut bejaht, oder daß das Deliktsstatut sie verneint und das Vertragsstatut eine positive Haltung dazu einnimmt (3. Fallgruppe); bei der letzten Konstellation verneinen beide Statuten das Nebeneinander der beiden Ansprüche (4. Fallgruppe).

Wesentlich ist bei all diesen Gruppen immer der Ausgangspunkt, d. h. welche Einstellung die *lex fori* zu der ganzen Problematik hat, ob sie positiv oder negativ einer Tatbestands- und Rechtsfolgenkonkurrenz gegenübersteht.

35 Die Rechtsprechung ist dargestellt bei Prosser, *Handbook of the law of torts*, St. Paul/Minn. 1941, S. 201-205. Über die Konkurrenz bei negligence und warranty insbesondere Harper-James, *The law of torts*, Boston-Toronto 1956, vol. II, 1603 ff.

36 Über derartige Konkurrenzlagen immer noch vorbildlich Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht*, Bd. II, München-Berlin 1922, S. 708 ff., 725 ff.

4. Durchführung:

a) Positive Einstellung der lex fori zur Anspruchskonkurrenz Auflösung der Konkurrenz?

Lassen sich nun im IPR die gleichen Lösungen verwenden wie im materiellen Recht, oder sind hier spezielle Grundsätze zu entwickeln? Der Ausgangstatbestand ist hier derselbe wie im internen Recht, nämlich die Diskrepanz zwischen Lebenssachverhalt und dessen rechtlicher Erfassung. Der Unterschied besteht hier nur darin, daß die verschiedenen rechtlichen Aspekte nicht von einer Rechtsordnung beurteilt werden, sondern von mehreren untereinander verschiedenen Rechtsordnungen. Die verschiedene rechtliche Erfassung des Sachverhalts wird dadurch ausgelöst, daß das Kollisionsrecht des Forums keine einheitliche Kollisionsnorm besitzt, die den Lebenssachverhalt in seinen gesamten rechtlichen Beziehungen zu umgreifen vermag, sondern die rechtliche Beurteilung des Falles gleichsam auf mehrere Kollisionsnormen „verteilt“, nämlich auf eine, die das Vertragsstatut bestimmt, und eine solche, die auf das Deliktsstatut verweist. Über diese Feststellung hinaus sind im allgemeinen die Untersuchungen, die sich mit der Anspruchskonkurrenz im IPR befassen, nicht gediehen; sie erschöpfen sich meist in der Floskel, es sei möglich, daß Vertrags- und Deliktsstatut eine unterschiedliche Rechtsordnung zur Anwendung bringen könnten³⁷. Wie aber die Anspruchskonkurrenz im einzelnen aufzulösen ist, hat nur Wengler³⁸ in einigen Bemerkungen dargelegt. Wengler will die lex fori darüber entscheiden lassen, ob überhaupt eine Anspruchskonkurrenz besteht oder nicht³⁹;

37 So z. B. Dietz aaO S. 131 ff.; Çağa, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft n. F. H. 68, Aarau 1939, S. 97 ff.; Neuner, Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Prag 1932, S. 112; Zitelmann, IPR, Bd. II, München und Leipzig 1912, S. 472-476; Binder, Zur Auflockerung des Deliktsstatuts, RabelsZ 20 (1955) 463, 478 f.; Diena, Principi di diritto internazionale, vol. II — Diritto internazionale privato —, Milano-Roma-Napoli o. J., S. 267; Bartin, Principes de droit international privé, vol. II, Paris 1932, S. 404-406; de Vos, Le problème des conflits de lois, Bruxelles 1946, vol. II Nr. 700; Strömholm, Torts in the conflict of laws, Stockholm 1961, S. 144 ff.; ders., Skadestandsproblem i den internationella privaträtten, Tidsskrift for Retsvitenskap 73 (1960) 434 ff.; Tandogan, Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit turc, comparé avec le droit suisse, Annales de la faculté de droit d'Istanbul XIII (1963) 77 (95); Dubbink, De onrechtmatige daad in het Nederlandse internationaal privaatrecht, 's Gravenhage 1947, S. 138. Ausführlicher jetzt — aber nur für das anglo-amerikanische Recht — Collins, Interaction between contract and tort in the conflict of laws, ICLQ 16 (1967) 103 ff.

38 Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, Festschr. f. M. Wolff, Tübingen 1952, S. 362 ff. (französische Fassung: Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé, Rev. crit. 1954, 661 ff., italienische Fassung: Riflessioni sulla tecnica della qualificazione in diritto internazionale privato, Ann. dir. comp. vol. XXXVI (1956) 1 ff.).

39 AaO S. 364.

er löst die Konkurrenz also kollisionsrechtlich, die *lex fori* „verteilt“ den zu entscheidenden Rechtsstoff. — Es ist aber hier weiter zu fragen, ob man nicht vielleicht die Lösung besser beim materiellen Recht suchen sollte, wobei man dann das Postulat des materiell-rechtlichen Einklangs zur angestrebten Lösung heranziehen kann. Dabei ist es freilich möglich, daß eine etwaige Konkurrenz des Anspruchs aus Vertrag mit dem aus Delikt nicht immer in gleicher Weise behandelt werden kann, sondern daß eventuell eine Differenzierung stattfinden muß je nach der Stellungnahme der einschlägigen Rechtsordnungen, und zwar vor allem dann, wenn die Höhe des Anspruchs im Bereich der anzuwendenden Statuten unterschiedlich ausfällt.

aa) Kollisionsrechtliche Lösung

Wie bereits erwähnt liegt der Grund einer Berufung mehrerer Rechtsordnungen für die Frage der Haftung, die sich infolge des Zusammenstreffens von Vertrags- und Deliktsanspruch ergibt, in den Kollisionsnormen der *lex fori*. Sie stellt für jeden Anspruch eine besondere Kollisionsnorm zur Verfügung. Der Sachverhalt wird mehrfach angeknüpft, weil die *lex fori* die in Frage kommenden Ansprüche unterschiedlich qualifiziert. Den einen sieht sie als deliktsrechtlichen, den anderen als vertraglichen Anspruch an. Dies führt natürlich zu der weiteren heiklen Frage, was nun eigentlich bei der Anspruchskonkurrenz qualifiziert wird bzw. werden soll. Dem Kläger geht es ja in erster Linie darum, daß seinem Begehren stattgegeben wird — aus welchen rechtlichen Gründen ist für ihn zunächst eine sekundäre Frage.

Prozessual betrachtet stellt sich sein Begehren lediglich als eine Klage auf Schadensersatz dar, die vom Richter unter allen rechtlich möglichen Gesichtspunkten zu würdigen ist, und dem dann auch stattgegeben wird, wenn es durch *irgendeinen* Rechtssatz begründet ist. Mit einer derartigen Feststellung ist aber im IPR nichts anzufangen, weil der Anspruch auf Schadensersatz für das Kollisionsrecht rechtlich jeglicher Prägnanz entbehrt, zu unbestimmt ist. Auf die allgemeine Rechtsfolge allein kann daher nicht abgestellt werden⁴⁰. U. E. zeigt sich daher, daß die Anknüpfung des Lebensverhältnisses, eben der Tatsachen, die zugleich eine Vertragsverletzung und eine unerlaubte Handlung ausmachen, für das IPR hier nicht tauglich sein kann, weil sie noch keinerlei juristische Färbung besitzt.

Man kann daher den Ansatzpunkt nur bei dem dem Gericht unterbreiteten Anspruch selbst finden, und zwar nicht bei dessen Ausgestaltung in der Rechtsfolge; denn diese kann ja wie die Existenz der Anspruchskonkurrenz beweist, in weitem Umfang dieselbe sein, sondern in dessen tatbestandlicher Differenzierung. Daraus folgt dann,

40 Wengler aaO S. 342.

daß die unterschiedliche tatbestandliche Einordnung durch die *lex fori* zu einer mehrfachen Anknüpfung führt, weil die *lex fori* — von ihrem internen Recht ausgehend — den Sachverhalt auf zwei verschiedene Kollisionsnormen „verteilt“, auf die für Delikte und auf die für Verträge. Diese können dann gegebenenfalls auf dieselbe oder verschiedene Rechtsordnungen verweisen⁴¹. Die damit zusammenhängenden Probleme stellen sich jedoch nur dann, wenn die *lex fori* die Anspruchskonkurrenz bejaht, nicht aber, wenn sie sie verneint. Wie im letzteren Fall zu verfahren ist, wird noch später zu erörtern sein.

Sieht man somit das Qualifikationsproblem nicht allein von der materiell-rechtlichen Seite, stellt also nur auf die Qualifikation des Verweisungsbegriffes, d. h. der in ihm enthaltenen Normengruppe ab, sondern auch in seinem prozessualen Ablauf, so kann es wohl keinen Zweifel geben, daß die Entscheidung nicht auf ein Entweder-Oder lauten kann, vielmehr beide Momente zu berücksichtigen hat⁴². Die Behandlung der Anspruchskonkurrenz scheint uns hierfür einen Beleg zu liefern. Das Begehren des Klägers muß zunächst immer irgendwie qualifiziert werden, weil sonst die Kollisionsnorm bzw. die Kollisionsnormen selbst nicht in Aktion treten könnte bzw. könnten; die zuerst vollzogene Einordnung kann ja gegebenenfalls wieder zurückgenommen werden, sie ist nur die Vorstufe der Qualifikation. Die aufgeworfene Frage kann indes auf sich beruhen, da es letztlich auf die Unterscheidung Qualifikation des Rechtsbegehrens oder Qualifikation des Rechtssatzes nicht ankommen kann, weil Mehrfachqualifikationen sowohl bei der Qualifikation der Ansprüche als auch bei der Qualifikation der Rechtssätze auftreten können⁴³.

Von einer echten Anspruchskonkurrenz ist freilich dann nicht die Rede, wenn der vorgetragene Sachverhalt an sich auf die Möglichkeit eines Vertrags- und eines Deliktsanspruchs hinweist, eines der beiden anzuwendenden materiellen Rechte aber den nach seinen Vorschriften zu beurteilenden Anspruch nicht zuerkennt. In diesem Fall bleibt der durch die andere Rechtsordnung zuerkannte Anspruch ohne weiteres bestehen.

Im folgenden soll nun die durch die Kollisionsnormen der *lex fori* heraufbeschworene Anspruchskonkurrenz, wenn also das Vertrags- wie das Deliktsstatut dem Kläger einen Anspruch zuerkennen, untersucht werden. Die Frage geht hier dahin, ob die Einstellung der jeweils berufenen Rechtsordnungen zum Problem der Anspruchskonkurrenz zu berücksichtigen ist bzw. überhaupt berücksichtigt werden kann,

41 Vom eigentlichen Qualifikationsvorgang zu trennen ist die Bestimmung des Anknüpfungsmomentes (Begehungsort, Erfüllungsort usw.). Vgl. Makarov, Theorie und Praxis der Qualifikation, Festschr. f. Dölle, Tübingen 1963, Bd. II, S. 151.

42 Wengler aaO S. 359 gibt der Qualifikation der Rechtssätze den Vorzug.

43 Vgl. Wengler aaO S. 357.

oder ob man lediglich die *lex fori* zur Lösung dieses Problems heranziehen soll. Im ersten Fall sprechen wir von materiell-rechtlicher Lösung, im zweiten von kollisionsrechtlicher Lösung. Zunächst soll die kollisionsrechtliche Lösungsmöglichkeit geprüft werden. Sofern sich im Schrifttum überhaupt einschlägige Erörterungen finden lassen, gehen die einzelnen Autoren stillschweigend davon aus, daß die Frage der Anspruchskonkurrenz nur kollisionsrechtlich, d. h. durch die *lex fori*, entschieden werden könne⁴⁴. Ausdrücklich hat zu diesem Problem nur Wengler⁴⁵ Stellung genommen. Nach Wengler⁴⁶ ist hierbei die Konkurrenz gemäß der *lex fori* zu lösen⁴⁷; denn die Grundsätze des materiellen Rechts der *lex fori* könnten ohne Schwierigkeiten auch auf der Ebene des Kollisionsrechtes verwendet werden. Dabei sei immer zugunsten des Inhabers des Anspruchs zu entscheiden, wenn die berufenen Rechtsordnungen in einzelnen Punkten differierten⁴⁸. Diese Lösung ist in der Tat verhältnismäßig einfach und plausibel. Ihr Nachteil besteht jedoch darin, daß die materiell-rechtliche Struktur der anzuwendenden Haftungssysteme nicht berücksichtigt wird, sondern unter den Tisch fällt⁴⁹, die Einstellung der *berufenen* Rechtsordnungen tritt nicht weiter in Erscheinung. Die kollisionsrechtliche Lösung bleibt somit auf halbem Wege stehen⁵⁰. Bevor jedoch die Lösung bei der *lex fori* gesucht wird, empfiehlt es sich Umschau zu halten, ob nicht die anzuwendenden Rechtsordnungen selbst den „Konflikt“ lösen. Nur wenn dieser Weg zu keinem Ziele führt, muß es bei der Lösung bleiben, die die *lex fori* gibt. Hat man nämlich die Wechselwirkung von Vertrags- und Deliktsrecht bei den Haftungsausschluß- bzw. Beschränkungsklauseln im Auge, so zeigt

44 S. die in Anm. 37 genannten Autoren.

45 AaO S. 362-366.

46 AaO S. 363.

47 AaO S. 364: „... so ist die Anspruchskonkurrenz innerhalb der Rechtsordnung, vor deren Gericht der konkrete Schadensersatzanspruch gebracht wird, und die durch ihr internationales Privatrecht beide Rechte zur Anwendung berufen hat, nicht anders zu lösen, wie wenn der Schadensersatzanspruch aus Vertrag und unerlaubter Handlung auf Grund desselben materiellen Rechts konkurrieren.“

48 AaO S. 363.

49 Wir sind hier davon ausgegangen, daß es sich bei der Frage der Anspruchskonkurrenz im fremden Recht und deren Anwendbarkeit im Bereich der *lex fori*, um eine Qualifikationsfrage handelt, weil der sachliche Bereich einer ausländischen Normengruppe für die *lex fori* abgesteckt werden soll. Daß es bei der Anspruchskonkurrenz um eine materiell-rechtliche Frage geht, braucht nicht weiter dargelegt werden. — Wenig klar ist die Auffassung von Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris 1961, S. 150. Er meint, daß es sich hier um keine Qualifikationsfrage, sondern um eine Vorfrage für die Anwendung der bereits bestimmten Rechtsordnungen handle.

50 Dies trifft u. E. auch für Wengler selbst zu. Denn nach seiner Meinung soll gerade der — von ihm wenig glücklich genannte — „rechtspolitische Zusammenhang“ der Normengruppen in der anzuwendenden Rechtsordnung durch die *lex fori* berücksichtigt werden (aaO S. 355, 356 Anm. 18, 358); denn dies fordere das Prinzip der materiellen Harmonie.

sich, daß es durchaus angemessen erscheinen kann, auch die *lex contractus* und die *lex loci delicti commissi* über ihren Standpunkt zu befragen⁵¹. Von vornherein die Lösung des Problems der *lex fori* zu überlassen, bleibt im Ansatz eben nur eine halbe Lösung.

bb) Materiell-rechtliche Lösung⁵²

Ist es nun möglich, daß bei der Anwendung der beiden Rechtsordnungen auch deren Standpunkt zur Frage der Anspruchskonkurrenz berücksichtigt werden kann? Dies bejaht in der Tat Schnorr von Carolsfeld⁵³, doch unterscheidet sich sein Ausgangspunkt von dem üblichen, aus heuristischen Gründen auch hier eingenommenen; denn nach seiner Auffassung tritt eine Mehrfachqualifikation gar nicht ein, weil die *lex fori* (d. h. das deutsche Recht) die Konkurrenz der beiden Ansprüche im Sinne der Subsidiarität des Deliktsanspruchs zu lösen hätte⁵⁴, folglich nur ein Statut berufen würde. Dieser Fall soll indes erst später behandelt werden. Wir gehen hier davon aus, daß die *lex fori* zur Beurteilung eines einzigen Sachverhaltes mehrere Rechtsordnungen beruft.

1. Fallgruppe: Vertrags- und Deliktsstatut bejahen die Anspruchskonkurrenz

Diese erste Gruppe läßt sich am einfachsten lösen. Als Beispiel sei der bereits genannte Fall der Italienreise angeführt. Sowohl das schweizerische Recht (Deliktsstatut) als auch das deutsche Recht (Vertragsstatut) lassen in Beispielen dieser Art die Anspruchskonkurrenz zu. Die *leges causae* und die *lex fori*⁵⁵ harmonisieren in dieser Frage. Ein Konflikt entsteht nicht. Der Kläger kann sich daher für den einen oder anderen Anspruch entscheiden, ohne daß dadurch eine Beeinträchtigung der Intentionen der beiden materiellen Rechte erfolgt.

2. Fallgruppe: Vertrags- und Deliktsstatut verneinen die Anspruchskonkurrenz

Zwischen den Auffassungen der *lex fori* und denen der *leges causae* tritt hier eine Divergenz auf. Soll hier die *lex fori* den Ausschlag geben, so daß der Kläger die Wahl zwischen beiden Ansprüchen hat,

51 Vgl. das interessante und lehrreiche Urteil des H. R., 18. 3. 1938 — N. J. 1939 Nr. 69.

52 Vgl. auch Wolff, IPR, S. 58 (unter b).

53 Internationalrechtliche Fragestellungen, S. 258 Anm. 58.

54 Schnorr von Carolsfeld, wie zuvor; ders., Arbeitsrecht, S. 53 Anm. 3, 271.

55 Das deutsche Recht ist hier Vertragsstatut und auch *lex fori*. Als *lex fori* läßt sich jede andere Rechtsordnung denken, die den prozessualen Anspruch mehrfach qualifiziert.

oder soll zur Lösung des Problems die Ansicht der zur Anwendung berufenen materiellen Rechte berücksichtigt werden?

Beispiel: Rechtsstreit vor einem deutschen Gericht über einen Unfall, der sich in Frankreich ereignete, wobei ein Reisender einer niederländischen Reisegesellschaft verletzt wurde; der Vertrag aber nach niederländischem Recht zu beurteilen war, und der verletzte Reisende nunmehr Schadensersatz verlangt.

Die *lex fori* beruft infolge ihrer Kollisionsnormen das französische Recht als Deliktsstatut und das niederländische Recht als Vertragsstatut; sie sieht den Schadensersatzanspruch sowohl als vertragsrechtlichen Anspruch (Vertragsverletzung) als auch als deliktsrechtlichen Anspruch (Körperverletzung) an. Beide anwendbaren materiellen Rechte bejahen den Anspruch des Klägers auf Schadensersatz. Überläßt man der *lex fori* allein das Wort, so ergibt sich, daß der Kläger zwischen beiden Ansprüchen wählen kann. Eine andere Antwort geben jedoch die beiden zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen. Nach der französischen Rechtsprechung ist, wie bereits dargelegt worden ist, der Deliktsanspruch gegenüber dem Vertragsanspruch subsidiär, das gleiche gilt für die niederländische Rechtsprechung, so daß nach beiden Rechtsordnungen an sich dem Vertragsanspruch der Vorrang einzuräumen ist. Die *lex fori* nimmt aber gerade zu diesem Punkt die entgegengesetzte Stellung ein. Sollen nun in Fällen dieser Art die Intentionen der beiden ausländischen Rechtsordnungen über die durch die *lex fori* gegebene Lösung gestellt werden? Für den als Beispiel genannten Fall ist die Frage zu bejahen, weil beide Rechte die gleiche Rangfolge für die fraglichen Ansprüche vorsehen, denn nach ihnen genießt der vertragliche Anspruch den Vorrang vor dem deliktischen. Nun ist es sicher richtig, daß die internrechtliche Stellungnahme des einzelnen materiellen Rechts zur Frage der Anspruchskonkurrenz nur im Hinblick auf solche Ansprüche bezogen ist, die gleichfalls diesem Recht unterliegen. Besteht neben dem internrechtlichen, subsidiären Anspruch ein anderer Anspruch, der zwar nach dem ausländischen Recht beurteilt wird, aber falls er zum internen Recht zu zählen wäre, dem anderen im Rang vorgehend betrachtet werden müßte, so steht nichts entgegen, dies auch für einen dem ausländischen Recht unterstehenden Anspruch anzunehmen. Denn wäre die ausländische Rechtsordnung *lex fori*, so würde sie nicht zögern, nur das Vertragsstatut oder das Deliktsstatut anzuwenden⁵⁶. Der sich nach dem ausländischen Recht richtende Anspruch ist insoweit als dem von der inländischen

⁵⁶ Dies scheint wohl der Gedankengang des H. R. in seiner schon erwähnten Entscheidung gewesen zu sein. Freilich kommt er in ihr nicht klar zum Ausdruck. Deshalb konnte auch Meijers in seiner Note (aaO S. 117) sagen: „Het merkwaardige in deze beslissing is dat men niet een wetsvoorschrift als geschonden kan aangeven hetwelk de toepassing von Nederlandsch wet verbod . . .“ Zu bemerken ist auch, daß sich der Hoge Raad gar nicht des Widerspruchs zu seiner sonstigen Rechtsprechung hinsichtlich der Anspruchskonkurrenz bewußt war.

Rechtsordnung beherrschten gleichwertig zu erachten, er wird dem internen Recht „assimiliert“.

Verneinen somit Vertragsstatut und Deliktsstatut die Anspruchskonkurrenz, so bestimmt sich der Schadensersatzanspruch ausschließlich nach dem Vertragsstatut, da das materielle Recht des Deliktsstatuts nicht angewendet sein will. Gegen diese Lösung läßt sich allerdings einwenden, daß bei einer ausschließlichen Anwendung des Vertragsstatuts evtl. immaterieller Schaden nicht vergütet wird. Dazu ist einmal zu sagen, daß ein allgemeines Prinzip, bei unerlaubten Handlungen immateriellen Schaden zu ersetzen, sowieso nicht durchweg anerkannt ist. Zum anderen gibt es aber Rechtsordnungen, wie etwa die französische, die auch bei Vertragsverletzungen immateriellen Schaden vergüten⁵⁷. Z. B. kann nach dem niederländischen Recht Ersatz des immateriellen Schadens meist nicht gefordert werden, sondern nur in Einzelfällen (wie bei Beleidigung Art. 1408 BW). Bei Delikten zögert die Rechtsprechung immer noch, im allgemeinen Ersatz immateriellen Schadens zuzusprechen⁵⁸; ob sie bei Vertragsverletzungen überhaupt diesen Weg beschreiten will, ist eine sehr unsichere Frage⁵⁹.

Alledem ist nur noch hinzuzufügen, daß eine Garantie dafür, welchen Umfang ein Anspruch hat, ohnehin nicht besteht. Im übrigen ist zu bemerken, daß es eine Vergewaltigung einer fremden Rechtsordnung darstellt, wenn man unbedingt die Auffassung der *lex fori* durchdrücken will; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn beide Kollisionsnormen auf ein gleiches ausländisches Recht verweisen, das die Anspruchskonkurrenz nicht kennt.

3. Fallgruppe: Vertragsstatut bejaht, Deliktsstatut verneint die Anspruchskonkurrenz

Das Problem besteht hier darin, daß sowohl die *lex fori* als auch das Vertragsstatut die Anspruchskonkurrenz für gegeben erachten und lediglich ein Statut, das Deliktsstatut, sie verneint.

Beispiel: Fahrt nach Frankreich, die auf Grund eines dem deutschen Recht unterliegenden Vertrags veranstaltet wird; in Frankreich wird durch den Fahrer ein Verkehrsunfall verschuldet. Schadensersatzklage vor einem deutschen Gericht⁶⁰.

⁵⁷ Vgl. die Nachweise bei Mazeaud-Tunc, vol. II Nr. 334 (S. 416 ff.).

⁵⁸ Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des H. R. vom 21. 5. 1943 — N. J. 1943 Nr. 455 mit den ausgezeichneten rechtsvergleichenden Ausführungen von Generalstaatsanwalt Berger; ferner H. R., 14. 11. 1958 — N. J. 1959 Nr. 15.

⁵⁹ Jansen, *Vergoeding voor ideele (onstoffelijke) schade*, N. J. B. 1951, 781 (791 mit Anm. 1), will aus dem Urteil des Hoge Raad vom 21. 5. 1943 entnehmen, daß dieser geneigt sei, Ersatz immateriellen Schadens auch bei Vertragsverletzung (*wanprestatie*) zuzubilligen.

⁶⁰ S. OLG Colmar, 29. 4. 1913 — RheinZ 6 (1914) 137.

Hier könnte man zunächst sagen, daß bei Bejahung der Anspruchskonkurrenz durch die *lex fori* und eine der beiden *leges causae* das zahlenmäßige Übergewicht für die Anspruchskonkurrenz spreche und diese damit den Ausschlag gebe. Niemand wird indes bezweifeln, daß eine derartige, am Arithmetischen orientierte Argumentation auf schwachen Beinen steht, da sie sich nicht von wirklich sachlichen Erwägungen leiten läßt.

Entscheidend kann hier allenfalls sein, ob sich die negative Einstellung des Deliktsstatuts überwinden läßt, ob also aus sachlichen Gründen ein Wahlrecht des Klägers bejaht werden kann⁶¹. Das Vertragsstatut selbst steht ihm ja positiv gegenüber. Die den Deliktsanspruch gewährende Rechtsordnung begreift diesen aber als subsidiär gegenüber dem Vertragsanspruch, sie überläßt somit dem vertraglichen Anspruch das Feld. Das Vertragsstatut gewährt keinen Anspruch aus Delikt. Gleichwohl wird man an sich auch sagen müssen, daß das Vertragsstatut, soweit es die Anspruchskonkurrenz bejaht, damit auch einen einem anderen Recht unterliegenden Anspruch meint. Wir sind hier an einem Punkt angelangt, an dem im Gefolge der Mehrfachqualifikation ein Wertungswiderspruch auftritt; denn die verschiedenen Normengruppen der anzuwendenden Rechtsordnungen harmonisieren nicht hinsichtlich ihrer Rechtsfolge⁶²: Die eine Rechtsordnung anerkennt das Nebeneinander von Vertrags- und Deliktsstatut, die andere jedoch nicht. Wer ist nun zur Entscheidung dieses Konflikts berufen? Entscheidet hier die Wertung des Richters der *lex fori* oder kann evtl. eine Lösung den beiden *leges causae* entnommen werden? Soll ferner grundsätzlich dem Vertragsstatut der Vorrang eingeräumt werden?

Zunächst ist zu bemerken, daß eine möglichst den beiden materiellen Rechten entsprechende Lösung gesucht werden soll, die Wertung des *lex fori*-Richters ist daher nur als *ultima ratio* in Erwägung zu ziehen. Das Deliktsstatut sieht nun seine ihm unterliegende Forderung gegenüber derjenigen aus Vertrag als subsidiär an, es will daher nur den vertraglichen Anspruch zum Zuge kommen lassen. Das Vertragsstatut läßt indes beide Ansprüche nebeneinander bestehen, ist aber seinerseits nicht für den Anspruch aus unerlaubter Handlung maßgebend. Daraus ist zu entnehmen, daß die *lex loci delicti commissi* den Ausschlag gibt und nicht die *lex contractus*, weil die *lex loci*, den nach ihr zu beurteilenden Anspruch als subsidiär betrachtet. Dies kann auch mit dem Grundsatz des sog. schwächeren Rechts erklärt werden, obgleich dieser an sich für andere Sachlagen entwickelt worden ist; denn er hat seinen Platz in der Lehre von der kumulativen

61 Die kollisionsrechtliche Lösung bleibt auch hier zunächst beiseite.

62 Wengler aaO S. 362.

Anwendung mehrerer Rechtsordnungen. Bei der Anspruchskonkurrenz handelt es sich freilich nicht darum, daß der Eintritt einer Rechtswirkung von mehreren Rechten abhängig gemacht wird; denn jeder Anspruch entsteht hier selbständig, weil durch die Kollisionsnormen der *lex fori* auf eine jeweils verschiedene Rechtsordnung verwiesen wird. Ob aber die so entstandenen Ansprüche nebeneinander bestehenbleiben⁶³ oder nicht, muß nach den Intentionen der einzelnen anzuwendenden Rechte entschieden werden, die im Falle einer unterschiedlichen Stellungnahme zu dieser Frage miteinander in einen gewissen Einklang gebracht werden müssen. Es setzt sich hierbei das Recht durch, das die Kumulation der Ansprüche stört. Die Negation durch die *lex loci delicti commissi* gibt hier den Ausschlag, sie vereitelt die Anspruchskonkurrenz, sie ist das schwächere oder „ärgere“ Recht. Von diesen dogmatischen Erwägungen abgesehen, rechtfertigt sich unser Ergebnis aber auch aus rein praktischen Gründen. Eine Vertragsverletzung ist erst dann möglich, wenn der Vertrag bereits geschlossen worden ist, d. h. daß er einer bestimmten Rechtsordnung zugeordnet werden kann. Eine Vertragsverletzung (und damit verbunden das Delikt) folgt zeitlich dem Vertragsschluß. Im Zeitpunkt der Vertragsverletzung steht sonach die Rechtsordnung bereits fest, nach der diese zu beurteilen ist⁶⁴. Der Kläger kann also vom Zeitpunkt her gesehen nicht überrascht sein, wenn er „nur“ den Anspruch zugebilligt bekommt, den ihm das Vertragsstatut zuspricht⁶⁵. Ein weit wichtigerer Grund läßt aber die alleinige Anwendung der *lex contractus* gerechtfertigt erscheinen. Hat der Beklagte vertraglich vereinbart, daß er z. B. nur für grobfahrlässiges Handeln einzustehen

63 Dies kann nicht wörtlich verstanden werden, denn streng genommen entsteht bei Subsidiarität der subsidiäre Anspruch gar nicht, sondern dieser tritt ja gerade gegenüber dem anderen zurück.

64 Undurchführbar ist der Vorschlag von Lapajne, Die Beurteilung von Vertragsverletzungen nach der *lex loci laesionis*, *Mélanges Streit*, Athènes 1939, vol. I, S. 531-534. Damit wird die Vertragshaftung auf die Ebene der Deliktschaftung gezogen, was bedeutet, daß die Parteien in vielen Fällen nicht wissen, welches Recht bei Nichtbefolgung der vertraglichen Leistungspflichten in concreto angewendet werden wird, so vor allem bei Verträgen, deren Leistungserfolg sich nicht auf einen bestimmten örtlichen Punkt zentrieren läßt. Das Vertragsstatut wird hierbei jeglichen Sinnes beraubt; denn die Gültigkeit müßte konsequenterweise gleichfalls nach der *lex loci laesionis* beurteilt werden, weil diese vertraglichen Ansprüche nur dann in Frage kommen, wenn ein nach ihrer Auffassung gültiger Vertrag vorliegt. Der Gedanke Lapajnes besticht zwar durch seine Originalität, ansonsten kann er aber nicht ernst genommen werden.

65 Wird der Vertragsabschluß von einem Delikt begleitet (z. B. *fraudulent misrepresentation*), so fallen in der Regel Vertrags- und Deliktsstatut zusammen, sofern eben nicht eine vom Begehungsort abweichende Rechtsordnung für den Vertrag vereinbart wird. Anders ist die Sachlage bei *culpa in contrahendo*, wo es nur um die Festlegung eines Anspruches geht, sei es nun, daß dieser deliktischer (französisches Recht) oder vertraglicher (deutsches Recht) Natur ist.

hat, so kann er nicht nach dem Deliktsstatut für ein höheres Maß an Sorgfalt haften müssen⁶⁶.

4. Fallgruppe: Vertragsstatut verneint, Deliktsstatut bejaht die Anspruchskonkurrenz

Es handelt sich hier um die Umkehrung der soeben besprochenen Fallgruppe.

Beispiel: Ein belgischer Reiseteilnehmer erleidet auf einer Fahrt durch Deutschland einen Unfall, den sein Reiseunternehmen zu vertreten hat, mit dem er auf Grund niederländischen Rechts in vertraglichen Beziehungen steht. Er klagt vor einem belgischen Gericht.

Hier nimmt das Vertragsstatut eine negative Haltung zur Frage der Anspruchskonkurrenz ein. Wie im vorigen Fall das Deliktsstatut, so gibt hier das Vertragsstatut den Ausschlag. Dieses allein ist anzuwenden. Insoweit kann auf die für die 3. Fallgruppe gegebene Begründung verwiesen werden.

Zusammenfassend ergibt sich daher, daß die *lex fori*, wenn sie für ein Schadensersatzbegehren sowohl das Vertragsstatut als auch das Deliktsstatut zur Anwendung beruft, nur dann die Rechtsfolgen nach beiden Rechten beurteilen kann, soweit beide Rechte auch die Anspruchskonkurrenz berücksichtigen. Die materiell-rechtliche Lösung ist deshalb der kollisionsrechtlichen vorzuziehen, weil damit der inneren Struktur der zur Beurteilung berufenen materiellen Rechte mehr zum Durchbruch verholfen wird, während die kollisionsrechtliche Lösung allein darauf abstellt, ob die *lex fori* mehrere Rechte für anwendbar erklärt. Damit wird natürlich für eine Einzelfrage eine Art „Weiterverweisung“ anerkannt.

b) Negative Einstellung der *lex fori* zur Anspruchskonkurrenz

Gingen die bisherigen Ausführungen davon aus, daß die *lex fori* auf den gleichen Sachverhalt mehrere Rechte für anwendbar erklärt, so stellt sich nunmehr die Frage, welche Konsequenzen zu ziehen sind, wenn die *lex fori* nur auf eine Rechtsordnung verweist, also über den erhobenen Anspruch durch eine mehr oder weniger gewaltsame Qualifikation nur ein Recht entscheiden läßt, obgleich natürlich die betreffende *lex fori* gleichwohl für Verträge und Delikte verschiedene Kollisionsnormen besitzt. Diese Situation tritt streng genommen bei französischer oder niederländischer *lex fori* ein, sowie bei denjenigen deutschen Autoren, die die Anspruchskonkurrenz verneinen⁶⁷.

⁶⁶ Dies behauptet aber z. B. Dietz aaO S. 250, was aber mit der in vielen Ländern herrschenden Lehre abzulehnen ist. Es wird noch im Rahmen der Behandlung des Haftungsausschlusses darauf zurückzukommen sein.

⁶⁷ Etwa nach der Meinung Schnorr von Carolsfelds (vgl. Anm. 54).

Um Irrtümer auszuschließen, sei noch kurz auf die Frage der Anknüpfung eingegangen. Es geht in diesem Abschnitt nicht darum, ob generell [also auch bei den unter a) behandelten Fällen] bei Vertragsverletzungen, die sich zugleich als Delikt darstellen, nur einem Anknüpfungsmoment der Vorrang eingeräumt werden soll, ob man also etwa für das Delikt eine „mittelbare“⁶⁸ Anknüpfung an das Vertragsstatut gewähren sollte, welche ideale Anknüpfung demnach befolgenswert wäre. Wir gehen hier vielmehr von der positiven Rechtslage aus, wie sie in den hier ausgewählten Rechtsordnungen anzutreffen ist. Es steht also nicht zur Diskussion, ob eine Mehrfachanknüpfung zu vermeiden ist bzw. vermieden werden sollte, wie dies bereits öfter vorgeschlagen worden ist⁶⁹.

Wie ist also zu entscheiden, wenn die *lex fori* zwar nur eine Rechtsordnung für anwendbar erklärt, diese Rechtsordnung den Anspruch selbst aber nicht so sieht wie die *lex fori* bzw. ihn neben einem anderen Anspruch gewährt? Praktischer Ausgangspunkt ist etwa ein Rechtsstreit vor einem französischen Gericht.

Beispiel: Klage aus einem dem französischen Recht unterstehenden Vertrag wegen Vertragsverletzung. Der Beklagte hat dem Kläger gegenüber eine Körperverletzung zu vertreten, die bei einem Unfall in Deutschland eingetreten ist.

Die *lex fori* subsumiert den erhobenen Anspruch unter die Kategorie der Vertragsverletzung und wendet infolge ihrer Kollisionsnorm für Verträge das französische Recht an, weil etwa die Anwendung des französischen Rechts durch Parteiwillen ausbedungen war. Die *lex fori* verweist demnach auf eine einzige Rechtsordnung, die den Anspruch gleichfalls in das Vertragsrecht einordnet (Vertragsstatut könnte freilich etwa auch das niederländische Recht sein). Eine mögliche Einordnung des Anspruchs in das Deliktsrecht wird somit nicht berücksichtigt; sie fällt unter den Tisch, weil die Kollisionsnorm der

68 So ausdrücklich Binder aaO S. 478 f. Im Ergebnis wohl auch van Gorkum aaO S. 156. Ähnlich § 48 des tschechischen IPR-Gesetzes vom 11. 3. 1948: „Ansprüche auf Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen und anderen Ereignissen richten sich, soweit es sich nicht um die Verletzung einer aus einem Rechtsgeschäft entspringenden Pflicht handelt, nach der Rechtsordnung des Staates, an dem die Handlung oder das Ereignis erfolgte.“ Diese Bestimmung findet sich inhaltlich auch in Art. 15 des jetzt geltenden tschechischen Gesetzes über das internationale Privat- und Prozeßrecht vom 4. 12. 1963 (französischer Text in Riv. dir. int. priv. e proc. 1965, 382 ff.)

S. auch Note: Law of state where ticket was purchased, rather than law of state where accident occurred, as governing in action against carrier for death of passenger, 13 A. L. R. 2d 650 ff. (1950).

69 Schnitzer, IPR, 2. A., Basel 1944, Bd. II, S. 543 f., 598; Neuhaus, RabelsZ 16 (1951) 655; Bourel aaO S. 144 ff. Schnitzer hat im übrigen die zitierte Passage nicht mehr in die 4. Auflage seines Handbuches übernommen.

lex fori nicht zur Anwendung eines anderen Statuts zwingt. Wie ist es aber, wenn die lex fori auf eine Rechtsordnung verweist, die den Anspruch nicht nur unter vertraglichen, sondern auch unter deliktsrechtlichen Aspekten betrachtet? Kann hier die rechtliche Einordnung der lex causae überhaupt eine Rolle spielen, wenn etwa italienisches Recht Vertragsstatut ist und dieses daneben einen Anspruch aus unerlaubter Handlung bestehen ließe, der nach deutschem Recht zu beurteilen wäre? Unproblematisch ist nur der Fall, wenn etwa die lex fori eine ausländische Rechtsordnung als Vertragsstatut beruft und im Geltungsbereich dieser Rechtsordnung auch die Vertragsverletzung in Form eines Delikts begangen wird. Anerkennt die zur Anwendung auf den Sachverhalt berufene Rechtsordnung ebenfalls nur den Anspruch aus Vertrag, so ist das Ergebnis glatt: Es kommt allein der vertragliche Anspruch zum Zuge. Anerkennt sie im Gegensatz zur lex fori die Konkurrenz der beiden Ansprüche, so macht die Suche nach einem Ergebnis gleichfalls keine Schwierigkeiten: Es schadet hier nichts, dem Kläger die Wahl zwischen beiden Ansprüchen zuzusprechen; denn die durch die Kollisionsnorm für vertragliche Ansprüche für anwendbar erklärte Rechtsordnung wäre auch im Fall eines Deliktes durch die Kollisionsnorm für Delikte zur Beurteilung des Anspruchs berufen worden, so daß hier der gesamte Sachverhalt in allen möglichen Rechtsbeziehungen von einer einzigen Rechtsordnung erfaßt wird.

Problematischer ist die Sachlage dann, wenn zwar das anwendbare Vertragsstatut die Möglichkeit einer Wahl zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch vorsieht, aber der aus unerlaubter Handlung in Frage kommende Anspruch nicht dem gleichen Recht unterliegt wie der Vertrag, sondern einer dritten Rechtsordnung, auf die auch die Kollisionsnorm der lex causae verweist, jedoch nicht die lex fori. Hierbei könnte theoretisch noch die weitere Schwierigkeit auftauchen, ob die lex loci delicti commissi auch den von ihr beherrschten Anspruch subsidiär oder gleichrangig behandelt. Würde man eine derartige Weiterverweisung durch die lex causae befürworten⁷⁰, so müßten nun die gleichen Grundsätze eingreifen wie sie für die unter a) besprochenen Fälle aufgestellt worden sind. Anerkennt also das Deliktsstatut, das infolge der Verweisung auf die lex causae und deren Weiterverweisung auf das Recht des Begehungsortes zur Anwendung kommt, die Anspruchskonkurrenz, dann hätte der Kläger die Wahl zwischen beiden Rechten, zwischen dem für den Vertrag und dem für die unerlaubte Handlung maßgebenden. Lehnt das Deliktsstatut aber das Nebenein-

70 Vgl. Wengler, Die Beachtlichkeit des fremden Kollisionsrechts, IntRDipl. 1956, 56 (70). Er läßt in dem besonderen Fall die Gesamtverweisung zu, „wenn das Kollisionsrecht desjenigen Staates, auf dessen Recht verwiesen wird, auf das Recht eines dritten Staates verweist, der sein eigenes materielles Recht als anwendbar betrachtet“ (aaO S. 71).

ander der beiden Ansprüche ab, so nimmt die *lex loci* die Weiterverweisung zwar an; denn nach ihrer Kollisionsnorm wendet sie eigenes Recht an, doch betrachtet sie aus materiell-rechtlichen Gründen den ihrem Recht unterliegenden Anspruch gegenüber dem aus Vertrag als subsidiär. Hier wird daher insoweit ein Entscheidungseinklang herbeigeführt, gleich welche Einstellung das Forum im konkreten Fall zur Anspruchskonkurrenz hat; steht es letzterem Problem positiv gegenüber, so verweist es gleich auf beide Rechtsordnungen. Eine Gesamtverweisung ist bei dieser Konstellation nicht anzunehmen, doch würde eine solche keine Komplikationen heraufbeschwören, weil das befürchtete Spiegelkabinett (*law tennis, circulus inextricabilis*) ausbliebe. Auch wenn man annehmen wollte, daß das eine oder andere Statut keine Weiterverweisung aussprechen würde, dann würde es im gegebenen Fall zumindest sein eigenes Recht zur Anwendung bringen. Wird etwa, wie in Italien durch Art. 30 disp. prel. c. c.⁷¹, durch den Gesetzgeber der Renvoi ausgeschlossen, scheint das bisherige Ergebnis gefährdet zu sein, doch führt die Notwendigkeit der Berücksichtigung des materiellen und prozessualen Zusammenhangs zum gleichen Resultat. Es soll nicht vom einzelnen Forum abhängen, ob der Kläger zwischen zwei Rechten wählen kann, hierfür können lediglich materielle Gründe ausschlaggebend sein. Es gehört mit zum Umfang des Anspruchs, daß eine evtl. Konkurrenz mit zu berücksichtigen ist. In der Regel wird ja eben nur ein Anspruch auf Schadenersatz geltend gemacht, gleichgültig, ob er sich nun als vertraglicher oder deliktsrechtlicher Anspruch begreifen läßt. Die Qualifikation des Forums (und die damit verbundene mehrfache Anknüpfung) kann nicht allein entscheidend sein. Prozessual liegt eben nur ein Begehren vor, das auf Ersatz des dem Kläger entstandenen Schadens gerichtet ist. Über dieses hat der Richter zu befinden. Der Kläger kann in einem neuen Prozeß nicht nachfordern, was ihm im ersten zu wenig zugesprochen worden ist, wenn z. B. der für ihn günstigere Anspruch nicht zum Zuge gekommen ist, weil die rechtlichen Möglichkeiten nicht genügend ausgeschöpft worden sind. Damit ist die Diskussion des vertraglichen Anspruchs abgeschlossen.

Wie steht es aber, wenn das Forum den aus der Vertragsverletzung fließenden Anspruch unter die Kollisionsnorm für Delikte bringt, folglich das Deliktsstatut für anwendbar erklärt wird? Bei unserem rechtsvergleichenden Überblick hat sich zwar ergeben, daß beim Zusammentreffen der Vertragsverletzung mit einem Delikt oft dem vertraglichen Anspruch der Vorzug gegeben wird. Dem Problem käme somit insoweit keine praktische Bedeutung zu, wenn nicht die Gerichte bisweilen allem zum Trotz so verfahren würden; ob sie hierbei bewußt oder

71 Allerdings steht die italienische Rechtsprechung der Anspruchskonkurrenz nicht ablehnend gegenüber.

unbewußt vorgehen, interessiert nicht weiter⁷². Zum anderen ist darauf aufmerksam zu machen, daß zwar auch im anglo-amerikanischen Recht das Nebeneinander von Vertrags- und Deliktsanspruch anerkannt wird, daß es aber im Einzelfall infolge der consideration-Doktrin vorkommen kann, daß ein nach unserer Auffassung vertraglicher Anspruch als deliktsrechtlich angesehen wird, weil die Grenze zwischen Vertrags- und Deliktsrecht eben etwas anders verläuft⁷³.

Wenn demnach die *lex fori* auf das ausländische Recht als Deliktsstatut verweist, dieses den Sachverhalt aber unter das Vertragsrecht bringt, so besteht zwischen beiden Rechtsordnungen ein Wertungswiderspruch⁷⁴, wie er am bekanntesten beim Schadensersatz wegen Verlöbnißbruchs⁷⁵ zutage tritt⁷⁶, wo *lex fori* und *lex causae* gleichsam eine Regelung „übers Kreuz“⁷⁷ vorsehen. Hat der Richter diesen Wertungswiderspruch nach seinen eigenen Anschauungen zu lösen und gegebenenfalls wie? Es soll hier nicht daran gezweifelt werden, daß es letzten Endes der Richter der *lex fori* ist, dessen Beurteilung schon aus psychologischen Gründen den Ausschlag gibt. Man kann sich jedoch die Frage stellen, ob er hierbei nur die Vorstellungen der *lex fori* zu verwirklichen hat oder ob er nicht seine Entscheidung an der *lex causae* orientieren soll, wenigstens soweit dies möglich erscheint. So will denn auch Wengler⁷⁸, wenn beide in Frage kommenden Rechtsordnungen Schadensersatz für Verlöbnißbruch gewähren, dieser aber lediglich einer unterschiedlichen Rechtssatzgruppe zugeordnet wird, in dem Umfang Schadensersatz zusprechen, „was der Geschädigte in jeder der beiden in Frage kommenden Rechtsordnungen durch die an sich unmittelbar nicht anwendbaren Vorschriften erhalten würde“⁷⁹. Damit wird eine gewaltsame Qualifikation vermieden. Freilich liegt hier in Wahrheit eine Art versteckter Weiterverweisung vor, wenn die *lex fori* selbst nicht eine der beiden zur Anwendung stehenden Rechtsordnung ist, so daß man darüber streiten könnte, ob

72 Die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des H. R. vom 18. 3. 1938 wandte siamesisches Recht an, obwohl das niederländische Recht an sich dem Vertragsanspruch den Vorrang einräumt und dieses daher anzuwenden gewesen wäre. Ähnlich auch Cour d'appel de Paris, 7. 7. 1954 — Rev. crit. 1954, 552.

73 Keßler, Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, Berlin und Leipzig 1932, S. 63 f.

74 M. Wolff, IPR, 3. A., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954, S. 59 f., verwendet den Begriff des Normenmangels. Wir gebrauchen hier den von Wengler verwendeten Terminus (vgl. Wengler, Festschr. f. M. Wolff, S. 363 mit Anm. 27).

75 Hierzu Luther, Ersatz immaterieller Schäden bei Verlöbnißbruch im internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten, FamRZ 1959, 475 ff.

76 Aus diesem Grunde hat z. B. das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1923 — IPRspr. 1930 Nr. 62 nach der *lex causae* qualifiziert.

77 So plastisch Wengler aaO S. 368.

78 AaO S. 368.

79 AaO S. 368.

nicht doch eine unmittelbare Anwendung der dritten Rechtsordnung gegeben ist.

Dieser Gedankengang läßt sich auch für unsere Problematik fruchtbar machen. Sieht das durch die *lex fori* berufene Deliktsstatut den Schadensersatzanspruch als vertraglichen Anspruch an und „verweist“ es dieshalb auf das Vertragsstatut, dann wird der Stellungnahme des Deliktsstatuts in der materiell-rechtlichen Frage der Anspruchskonkurrenz Beachtung verschafft. Dem Kläger wird daher die Möglichkeit eingeräumt, den ihm günstigeren Anspruch zu wählen, falls nicht das Deliktsstatut seinen ihm unterliegenden Anspruch für primär erachtet. Dieser Fall tritt aber bei der hier vorausgesetzten Sachkonstellation gerade nicht ein, weil ja ein Wertungswiderspruch zwischen *lex fori* und *lex causae* nicht bestehen würde. Bei der alleinigen Berücksichtigung des Deliktsstatuts verbleibt es auch dann, wenn das Vertragsstatut sich gegenüber dem Deliktsstatut als subsidiär betrachten würde, was aber in Wirklichkeit nicht vorkommt. Damit ist der Kreis der theoretisch möglichen Konfliktlagen geschlossen. Im folgenden soll auf einige Fragen von praktischer Bedeutung eingegangen werden.

II. Vertragliche Einwirkungen auf den Schadensersatzanspruch

Die Interdependenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht wird besonders deutlich, hält man sich das Anwendungsgebiet der Haftungsklauseln vor Augen⁸⁰. Auf das Bestehen des Schadensersatzanspruches kommt ihnen ja ein großer Einfluß zu, sei es, daß das zu vertretende Verschulden durch sie gemindert, der Anspruch ziffernmäßig beschränkt wird oder seine Geltendmachung innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen muß, sei es, daß jegliche Haftung ausgeschlossen werden soll. Bei Fällen mit Auslandsberührung stellt sich daher die Frage, wenn Delikts- und Vertragsrecht verschiedenen Rechtsordnungen zu entnehmen sind, welches Statut über Geltung und Umfang solcher Klauseln maßgebend sein soll. Mit in diesen Zusammenhang würde an sich das internationalrechtlich stiefmütterlich behandelte Problem der allgemeinen Geschäftsbedingungen (*contrats d'adhésion*, *contracts of adhesion*) gehören⁸¹, gerade in Formularverträgen finden sich ja häufig derartige Klauseln. Ihre Erörterung würde indes hier zu weit führen.

80 Die von Dietz aaO S. 130 betonte völlige Unabhängigkeit des deliktischen vom vertraglichen Anspruch wird von der Rechtsprechung nirgends geteilt. Sie würde auch gerade in international gelagerten Fällen zu Ungerechtigkeiten führen. Die Macht der Tatsachen ist hier stärker als theoretische Überlegungen.

81 Vgl. hierzu Ehrenzweig, *Adhesion contracts and the conflict of laws*, 53 Col. L. Rev. 1072 ff. (1953).

1. Haftungsausschluß und Haftungsbegrenzung

Da beide Arten von Enthaltungsverträgen ihrer Konstruktion nach keine wesentlichen Unterschiede aufweisen, sondern nur hinsichtlich ihres Umfangs, werden sie hier zusammen dargestellt⁸². Es gilt zu untersuchen, ob und wie vertragliche Haftungsvereinbarungen den konkurrierenden Deliktsanspruch beeinflussen können. Hauptanwendungsfälle sind die Transportverträge⁸³ jeglicher Art, ob sie nun Personen- oder Güterbeförderung zum Gegenstand haben. Materiell-rechtlich ist in allen Staaten natürlich vieles umstritten, so etwa, wie und wann eine Klausel dem anderen Vertragspartner bekanntgemacht sein muß, um in den Vertrag einzugehen, oder welchen Umfang sie haben darf, ob sie die Haftung ganz oder nur teilweise ausschließen kann. Unterliegt etwa ein Transportvertrag dem französischen Recht, dann ist nach Art. 103 Abs. 3 c.comm. (sog. loi Rabier) die Klausel als nichtig zu betrachten, wenn sie die Haftung des Frachtführers vollkommen ausgeschlossen hat, nicht aber, wenn sie sie nur beschränken will⁸⁴. Diese Bestimmung betrifft allerdings nur den Gütertransport. Allgemein ordnet Art. 1229 Abs. 1 c.c. an: „E nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa.“ Andere Enthaltungsverträge sind dann nichtig, wenn sie die Haftung für solche Fälle ausschließen wollen, bei denen Pflichten, die zum ordine pubblico zu zählen sind, verletzt werden. Im deutschen Recht ist es zulässig, hinsichtlich der Haftung für Erfüllungsgehilfen sogar die Haftung für Vorsatz auszuschließen (vgl. § 278 S. 2 BGB); für sich selbst kann der Schuldner die Haftung nur für grobe Fahrlässigkeit ausschließen (§ 276 Abs. 2 BGB), wenn dies nicht sittenwidrig (§ 138 BGB) ist oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Man sieht also, daß schon bei oberflächlicher Betrachtung z. T. fundamentale Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen bestehen. Es ist hier nicht der Raum, die einzelnen Unterschiede herauszuarbeiten und zu analysieren; jedoch ist es möglich, eine Prognose zu treffen, ob eine Haftungsklausel Bestand hat, wenn etwa vor einem italienischen Gericht geklagt wird. Hier kann nämlich der italienische ordine pubblico eingreifen, wenn die Zulässigkeit einer Enthaltungsklausel mehr eingeschränkt ist als nach der betreffenden lex causae; es kann sein, daß dann der Klausel jegliche

82 Unberücksichtigt können hier die Fälle bleiben, die Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2567 ff. (S. 725 ff.) und 2620 ff. (S. 773 ff.), bringen; denn die dort aufgeführten Tatbestände haben keine vertragliche Leistung zur Voraussetzung, sondern nur den Ausschluß bzw. die Begrenzung zukünftiger Deliktsfolgen.

83 S. Note: Limitation of carrier's liability and the conflict of laws, 54 Harv. L. Rev. 663 ff. (1941); Note: Conflict of laws — carrier's liability, 30 A. L. R. 2d 1398 ff. (1953) und Hancock, Torts in the conflict of laws, Ann Arbor-Michigan 1942, S. 201 ff.

84 Cass., 12. 7. 1923 — D. 1926.1.229 und öfter.

Wirkung abgesprochen wird⁸⁵. Im folgenden sei der praktisch bedeutende Fall der Haftungsbeschränkung erörtert⁸⁶.

Das sachliche Anwendungsgebiet der haftungsbeschränkenden Abrede ist sehr weit; nicht allein bei Massenverträgen, sondern auch bei Einzelverträgen sind sie anzutreffen, vor allem dann, wenn der eine Vertragspartner für seine Verträge Formulare verwendet, die er entweder selbst ausgearbeitet hat oder die von einem Verband empfohlen worden sind. Allgemeine Verbreitung haben etwa die negligence-clauses in den Konnossementen des Seerechts⁸⁷,⁸⁸, wie sie durch die Haager Regeln gestattet werden⁸⁹. Bei den hier zur Diskussion stehenden Fragen geht es weniger darum, wie eine bestimmte Freizeichnungsklausel in den Vertrag Eingang findet und inwieweit vielleicht das zwingende Recht der *lex fori* in Haftungsfragen anwendbar ist⁹⁰, sondern nur welche Wirkung der Freizeichnung zukommt.

Die Beschränkung der Haftung durch vertragliche Vereinbarung hat immer zum Ziel, den aus einer Vertragsverletzung gleich welcher Art fließenden Schaden in dem vertraglich vorgesehenen Umfang auszuschließen. Wesentlich ist daher nur, daß etwaiger Schaden, der sich aus der Erfüllung des Vertrages ergibt, nicht geltend gemacht werden kann. Es kommt nicht darauf an, ob die konkrete Handlung lediglich vertragswidrig war oder noch zusätzlich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung darstellte. Es läge außerhalb des Parteiwillens,

85 Es muß hier dahingestellt bleiben, welche Konsequenzen die *lex fori* aus der Nichtigkeit zieht, ob sie etwa dem Grundsatz des § 139 BGB folgt oder nicht. Die Corte di cassazione hat allerdings in ihrer Entscheidung vom 25. 7. 1964 — Mass. Giur. It. 1964 Nr. 2058 (col. 679) in der Nichtbeachtung der Art. 1341, 1342 c. c. keinen Verstoß gegen den *ordine pubblico* angenommen. Doch bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung noch abzuwarten.

86 Art. 23 Abs. 2 des Warschauer Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. 10. 1929 (i. d. F. von Den Haag 1955) untersagt einen völligen Haftungsausschluß. Soweit ein Haftungsausschluß zulässig ist, können gleichfalls internationalprivatrechtliche Probleme auftauchen. Vgl. hierzu Drion, *Limitation of liabilities in international air law*, Den Haag 1954, S. 272-276.

87 Yiannopoulos hat in mehreren Aufsätzen diese ausführlich vom Standpunkt einiger nationaler Rechtsordnungen aus behandelt: Bills of lading and the conflict of laws: validity of „negligence“ clauses in France, 7 *AJCl* 516 ff. (1958); ... in England, *UDet. L. J.* 1959, 198; ... in Germany, *UDet. L. J.* 1961, 89; Conflicts problems in international bill of lading: validity of „negligence“ clauses, 18 *La. L. Rev.* 609 (1958). Hiervon war dem Verfasser nur die erste Abhandlung zugänglich.

88 Über die USA Götz, *Das Seefrachtrecht der Haager Regeln nach anglo-amerikanischer Praxis*, Bielefeld 1960.

89 Siehe Necker, *Der räumliche Geltungsbereich der Haager Regeln*, Berlin 1962.

90 Diese Frage taucht vor allem bei der Anwendung der Haager Regeln auf. Ob diese ordre public-ähnlichen Charakter haben, ob sie also auch auf Verträge Anwendung finden können, die nicht dem Recht der jeweiligen *lex fori* unterstehen, damit unabhängig vom Schuldstatut gelten, ist hier nicht weiter zu verfolgen. Für die Personenbeförderung bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen. Zwar ist hier ein Parallelabkommen geplant, bis jetzt liegt aber nur der Brüsseler Entwurf hierzu vor.

wollte man hier zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch einen Unterschied machen. Wie diese Frage dogmatisch zu lösen ist, steht auf einem anderen Blatt⁹¹. Ist der vertragliche Haftungsmaßstab durch Gesetz bestimmt, wie beim Verwahrungsvertrag auf *diligentia quam in suis* (§ 690 BGB), so gilt nichts anderes; der Kläger kann auf Grund des Deliktsrechts nicht mehr fordern, als ihm vertraglich zusteht.

Steht sonach die Zulässigkeit von vertraglichen Haftungsbeschränkungen in Rede, dann ist zunächst zu sagen, daß sich diese nach dem Vertragsstatut beurteilt⁹². Darüber kann es schlechterdings keinen Zweifel geben, soweit nicht ordre public-Gesichtspunkte des Forums ins Spiel kommen⁹³. Durch die Freizeichungsklauseln werden ja insoweit vertragliche Rechte modifiziert bzw. ausgeschaltet. Das Vertragsstatut hat darüber zu befinden, in welchem Umfang es solche Vereinbarungen billigt.

Welchen Einfluß hat nun eine solche gültig vereinbarte Freizeichungsklausel auf den Deliktsanspruch, der infolge der besonderen Verweisung durch die *lex fori* von einem anderen Recht beherrscht wird als der Anspruch aus Vertrag? Besteht hier überhaupt eine „Überwirkung“, oder ist die Frage für diesen Anspruch selbständig zu beurteilen⁹⁴?

Will man die Gültigkeit von Enthaltungsverträgen, soweit sie den Deliktsanspruch berühren, nach dem Recht des Begehungsortes beurteilen⁹⁵, dann treten vor allem zwei Schwierigkeiten auf, die große Unzuträglichkeiten heraufbeschwören können. Die erste besteht darin, daß man bei dem Nebeneinander von Vertrags- und Deliktsanspruch für jeden einzelnen der beiden Ansprüche die Gültigkeit der Klausel nach einem jeweils verschiedenen Recht zu untersuchen hat. Dies führt zu einer Kumulation der beiden Rechtsordnungen hinsichtlich der Beurteilung der Haftungsbeschränkung, ohne daß dabei die den beiden Ansprüchen nach ihrem jeweiligen materiellen Recht zukom-

91 Dietz aaO S. 240 meint allerdings: „Das Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht ist grundsätzlich und ausnahmslos bezüglich aller Beziehungen ein konstantes.“

92 Diena, *Principi* II, S. 267; Rabel, *The conflict of laws*, vol. II, 2. A., Chicago 1960, S. 293 f.; Bourel aaO S. 259.

93 So etwa u. U. bei den Haager Regeln.

94 Diese Auffassung vertritt z. B. Bourel aaO S. 260. Er sagt: „Cependant si la loi du contrat est ainsi compétente pour déterminer l'objet des clauses d'irresponsabilité, il ne s'en suit nullement que la même loi doive également régir le problème de leur validité.“ Welchen Sachverhalt allerdings Bourel für seine Annahme voraussetzt, wird aus seinen Ausführungen nicht klar ersichtlich. Kollisionsrechtlich geht er vom französischen Recht aus. Daraus folgt aber, daß seine These unrichtig ist, weil die französische Kollisionsnorm davon ausgeht, daß nur vertragliche Ansprüche zur Entscheidung stehen. Das gleiche trifft für die *Cour d'appel de Paris*, 7. 7. 1954 — *Rev. crit.* 1954, 552 zu.

95 So Dubbink aaO S. 125 f.; vgl. auch Drion aaO S. 276, der die Gültigkeit von Freizeichungsklauseln sowohl nach der *lex contractus* als auch nach der *lex delicti commissi* beurteilt.

mende Rangordnung berücksichtigt wird. Dies zeigt die Richtigkeit der oben zur Anspruchskonkurrenz vertretenen Lösung. Damit wird u. U. einer haftungsbeschränkenden Vereinbarung die Wirkung versagt, weil sie nicht nach beiden Rechten zulässig ist, obwohl ein Recht gegenüber dem anderen infolge seiner Stellung zum „concoures des responsabilités“ an sich zurücktreten würde. Die Kumulation des Vertrags- und Deliktsrechts bezüglich der Gültigkeit der Freizeichnungsklausel erschwert die effektive vertragliche Vereinbarung, weil auf Grund der lex fori dem Kläger die Möglichkeit offensteht, auch das Deliktsstatut heranzuziehen. Daß dies nicht richtig sein kann, ergibt noch eine weitere Überlegung: Z. Z. des Vertragsschlusses war den Parteien nur vorhersehbar, daß bei Schlechterfüllung des Vertrages allein das auf den Vertrag anwendbare Recht deren Folgen regeln kann. Gerade diese Folgen sollten teilweise zugunsten des Schuldners beschränkt werden. Hiermit erklärte sich auch der Gläubiger einverstanden. Wo aber die etwaige Schlechterfüllung eintreten würde, war für die Vereinbarung ohne Bedeutung. Würde sie an einem Ort eintreten, an dem das Vertragsstatut gilt, dann könnte der Kläger ebenfalls nur das verlangen, was durch die Vereinbarung gedeckt sein würde, jedoch nicht mehr; denn wenn beide Statuten zusammenfallen, hätte die Vereinbarung — z. B. bei Anwendung des deutschen Rechts — auch Wirkung auf den Deliktsanspruch⁹⁶. Warum sollte dies anders sein, wenn der zugrunde liegende Schadensersatzanspruch nach zwei Rechtsordnungen beurteilt werden kann? Wenn man nur die kollisionsrechtliche Lösung wählt⁹⁷, ist es sowieso möglich, die materiell-rechtliche Lösung der lex fori auf die Fälle mit Auslandsberührung zu übertragen. Hier führt sie zum gleichen Ergebnis. Des weiteren ist zu bemerken — und dies ist der gewichtigste Grund für die Anwendung des Vertragsstatuts —, daß die Prüfung der Zulässigkeit einer Enthaftungsklausel nach der lex loci delicti commissi dazu führt, daß die Gültigkeit der Klausel so lange in der Schwebe bleibt, bis das Delikt begangen worden ist, und damit die auf das Delikt anzuwendende Rechtsordnung bekannt ist, während das Vertragsstatut von vornherein mehr oder weniger feststeht⁹⁸. Der zeitliche Zwischenraum zwischen dem Vertragsabschluß und der Begehung des Delikts wäre insoweit rechtlich gar nicht erfaßt; erst mit dem Zeitpunkt der Begehung der unerlaubten Handlung könnte über das Schicksal des Enthafungsvertrages Klarheit gewonnen werden, weil ja vorher die anwendbare Rechtsordnung noch unbekannt wäre. Gerade dieser Punkt wird von den Befürwortern der

96 A. A. ist freilich Dietz aaO S. 238 ff. für das deutsche Recht.

97 Wie Wengler.

98 Die nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts im Sinne Raapes, Festschr. f. G. Böhrer, Bonn 1954, S. 111 ff., ist etwas anderes. Vgl. über diese Problematik auch Kollewijn, Rechtskeuze achteraf? NTIR XI (1964) 225 ff.

Maßgeblichkeit des Deliktsstatuts übersehen. Ein Vertrag, dessen Gültigkeit bzw. Ungültigkeit von der Lokalisierung einer bestimmten Handlung abhängt, ist ein Widerspruch in sich. Ganz abgesehen davon, daß etwa bei Busfahrten durch mehrere Länder⁹⁹ bei jeder Grenz-

99 Hinsichtlich internationaler Reisen mit der Eisenbahn gelten die Sonderbestimmungen der internationalen Übereinkunft über den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr vom 8. 6. 1923 — i. d. F. v. 25. 2. 1961 —. In ihr ist eine im Zusammenhang mit der vorliegenden Problematik interessante Vorschrift enthalten. Art. 28 § 1 des Übereinkommens bestimmt: „Die Haftung der Eisenbahn für Tötung oder Verletzung eines Reisenden, sowie für Schaden, der durch Verspätung oder Ausfall eines Zuges oder durch Anschlußversäumnis entsteht, richtet sich nach den Gesetzen und Vorschriften des Staates, in dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Die nachstehenden Bestimmungen dieses Titels finden in diesem Fall keine Anwendung.“

Es überrascht etwas, in einem internationalen Abkommen, das für das Gebiet des Personen- und Gepäckverkehrs durch die Eisenbahn ein einheitliches *materielles* Recht schaffen will, eine so weittragende Verweisungsnorm zu finden. Daß diese Vorschrift in gewisser Weise der Tendenz des Abkommens zuwiderläuft, hat auch Durand, *Les transports internationaux*, Paris 1956, S. 312 festgestellt: „Elle s'éloigne donc de son propre esprit unificateur en matière essentielle du transport.“ — Für das Kollisionsrecht ergeben sich aus dieser Bestimmung eigenartige Konsequenzen. Art. 28 § 1 verwendet denselben Anknüpfungsbegriff wie normalerweise das internationale Privatrecht, jedoch nicht die unerlaubte Handlung als Verweisungsbegriff, wenigstens nicht allein. In Art. 28 § 1 ist neben der Haftung für Tötung und Verletzung des Reisenden auch noch von dem durch Zugverspätung usw. entstandenen Schaden die Rede. Letzterer Schadensersatzanspruch ist aber unstreitig vertraglicher Natur. Inwieweit die sich aus Tötung und Verletzung ergebenden Schadensersatzansprüche wegen des Zusammenhanges mit dem Beförderungsvertrag vertraglicher und deliktischer Art sind, ist eine von den einzelnen Rechtsordnungen nicht einheitlich beantwortete Frage; dies hängt von der jeweiligen Rechtsordnung ab, in deren Geltungsbereich das schädigende Ereignis eintritt. Wenn sie überhaupt auch als deliktsrechtliche Ansprüche angesehen werden können, dann nur in Konkurrenz mit dem Anspruch aus dem Beförderungsvertrag, weil der Reisende ja stets in vertraglichen Beziehungen zur fraglichen Eisenbahn steht (aus welchen Gründen braucht hier nicht näher dargelegt zu werden). Man kann also sagen, daß hier die vertraglichen Ansprüche des Reisenden deliktsrechtlich angeknüpft werden. Im Gegensatz zu der üblichen Betrachtungsweise (s. die bisherigen Ausführungen), die zu einer eindeutigen Bevorzugung des Vertragsstatuts neigt, stellt hier die *lex loci delicti commissi* auch für die vertraglichen Ansprüche die maßgebenden Rechtsnormen. Die aus dem Vertrag sich ergebende Rechtsfolge wird daher u. U. unabhängig vom Vertragsstatut angeknüpft. Das Deliktsstatut bestimmt auch, ob neben dem Vertrags- auch noch der Deliktsanspruch zum Zuge kommen kann. Vom rechtspolitischen Standpunkt aus ist eine derartige Kollisionsnorm, die ein Anwendungsfall der von Lapajne aaO aufgestellten Theorie ist, als verfehlt zu bezeichnen. Ihre Formulierung läßt zudem zahlreiche Fragen offen. So kann hier die ganze Diskussion zur Bestimmung des Begehungsortes im internationalen Deliktsrecht wieder aufgerollt werden, ob also der Handlungs- oder der Erfolgsort für die Anknüpfung den Ausschlag geben soll. Uns scheint allerdings die Frage im Sinne *Malintoppis*, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano 1955, S. 192 f. zu beantworten zu sein, wonach hier wegen der vertraglichen Haftung der Eisenbahn dem Erfolgsort die wichtigere Funktion zukommt, denn beim vertraglichen Schadensersatz liegt die Bedeutung weniger auf dem Handlungsmoment als auf der dem Vertragspartner zugefügten Rechtsverletzung und damit auf dem aus ihr fließenden Schaden.

überschreitung an die Zulässigkeit des Enthaltungsvertrages andere Anforderungen gestellt werden könnten. Ein solches Ergebnis ist „piecemeal“-Jurisprudenz an einer Stelle, an der sie durchaus zu vermeiden ist. Der Vorwurf, der hiergegen erhoben werden könnte, daß manche Rechte (so insbesondere das französische Recht) es nicht erlauben würden, daß vor Begehung der Tat auf Deliktsansprüche, sei es auch nur teilweise, verzichtet werden könne, trifft den Kern der Sache nicht. Unter Außerachtlassung der Tatsache, daß die französische Rechtsprechung diese Auffassung nicht stützt¹⁰⁰, genügt der Hinweis, daß die französische Rechtsprechung in den hier zur Debatte stehenden Fällen allein den Anspruch aus Vertrag für vorliegend erachtet¹⁰¹.

2. Spezifische Haftungsausschlußgründe

Zum Schluß sei noch kurz auf die Fälle der Gefälligkeitsfahrten eingegangen, die schon mehrfach die Gerichte beschäftigt haben¹⁰². Wenn hier der Mitfahrer verletzt wird, so hat er keinen vertraglichen Anspruch gegen den Fahrer; denn dieser erfüllt gegenüber dem Mitfahrer keine vertragliche Pflicht, da er dem Mitfahrer gegenüber lediglich eine Gefälligkeit erweist. Im Einzelfall ist es freilich schwierig festzustellen, ob ein Verpflichtungswille besteht oder nicht. Insbesondere gilt dies bei Fahrten mit Benzinkostenbeteiligung¹⁰³. Nach den meisten Rechtsordnungen kann bei Gefälligkeitsfahrten die Haftung nur auf unerlaubte Handlung gestützt werden. Hierbei wird oft davon ausgegangen, daß ein stillschweigender Haftungsausschluß vorliege, oder man nimmt sog. Handeln auf eigene Gefahr (assumption of risk) an^{104, 105}. Nach welchem Recht aber beurteilt sich eine derartige Enthaltungsmöglichkeit für den betroffenen Fahrer? Da nur ein Schadensersatzanspruch aus Delikt in Erwägung gezogen werden kann, drängt sich unwillkürlich der Schluß auf, daß das Problem des Enthaltungsvertrages oder des Handelns auf eigene Gefahr der Beurteilung durch das Deliktsstatut unterfalle. Das Mitverschulden, unter dessen

100 Man vgl. die Nachweise bei Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2567 ff. (S. 725 ff.) und Nr. 2620 ff. (S. 773 ff.), wo Fälle berichtet werden, in denen schon im voraus der Ausschluß der deliktischen Haftung für erlaubt angesehen wurde.

101 Rabel, Conflict of laws, vol. II, S. 294: „Consistency and convenience require that the law governing the agreement should prevail.“

102 Hof 's Hertogenbosch, 24. 5. 1932 — N. J. 1933, 361; Cass., 21. 4. 1941 — S. 1942.1.1 m. N. v. Niboyet; Hof 's Gravenhage, 16. 6. 1955 — N. J. 1955 Nr. 615 = Clunet 1959, 206; BGH, 28. 3. 1961 — VersR 1961, 518; BGH, 27. 11. 1962 — VersR 1963, 241; Cass., 3. 1. 1963 — D. 1963, 241 m. N. v. Holleaux.

103 So war es bei der Entscheidung des Hof 's Gravenhage (vorige Anm.).

104 Hierzu Stoll, Handeln auf eigene Gefahr, Berlin — Tübingen 1961.

105 Das Institut des Handelns auf eigene Gefahr hat den Vorteil, daß es ohne größere Schwierigkeit auf Minderjährige anwendbar ist, während ein vertraglicher Haftungsausschluß an deren fehlender Geschäftsfähigkeit scheitert.

Kategorie im weitläufigen Sinne auch das Handeln auf eigene Gefahr einzureihen ist, richtet sich ja anerkanntermaßen stets nach der *lex loci delicti commissi*. Die Besonderheit liegt hier aber — wie bei der vertraglichen Freizeichnung — darin, daß mit Antritt der Fahrt bereits „auf eigene Gefahr“ gehandelt bzw. der Enthaltungsvertrag abgeschlossen worden ist. Die Rechtsprechung hat in den zitierten Fällen die Zuflucht zur Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts genommen, da in allen Fällen Fahrer und Mitfahrer Angehörige des gleichen Staates waren¹⁰⁶. Billigt man dieses Vorgehen nicht, so verbleibt es bei der aufgeworfenen Problematik. Ist es möglich, den Verzicht auf künftige Schadensersatzansprüche — ein solcher liegt im Endergebnis auch beim Handeln auf eigene Gefahr vor — nach einer erst später näher konkretisierbaren Rechtsordnung (*lex loci delicti commissi*) zu beurteilen? Oder ist insofern nicht das gemeinsame Heimatrecht, das meistens vorliegt, als Erlaßstatut anzuwenden? An sich wird ja angenommen, daß sich der Verzicht bzw. Erlaß von Forderungen nach dem Recht beurteile, das auf die Forderung Anwendung finde¹⁰⁷. Diese Regel ist aber auf die genannten Sachverhalte nicht anwendbar, da der Erlaß oder die sonst maßgebende Handlung schon vor Entstehen des Anspruchs vorgenommen wird, das eigentliche Schuldstatut aber noch gar nicht bekannt ist. Abzustellen ist hier auf den Beginn der Fahrt, die in der Regel dort ihren Ausgang nimmt, wo Fahrer und Mitfahrer wohnen. Das am Wohnsitz geltende Recht, das in der Mehrzahl der Fälle mit dem gemeinsamen Heimatrecht identisch sein dürfte, hat über die Zulässigkeit und Wirkungen einer solchen Haftungsbeschränkung zu befinden. Das Deliktsstatut ist hierbei von mehr oder weniger zufälliger Bedeutung. Folgt man der eben dargelegten Lösung, so liegt eine besondere Anknüpfung einer Teilfrage vor, nämlich die von der *lex loci losgelöste* einer anderen Rechtsordnung zur Beantwortung überlassene Frage der Rechtswidrigkeit bzw. des Verschuldens. Dem Prinzip der einheitlichen kollisionsrechtlichen Behandlung eines Sachverhaltes¹⁰⁸ wird damit keine Gewalt angetan, zumal sich bei dessen schematischer Anwendung keine sachgerechte Lösung ergäbe.

3. Die Stellungnahme der Rechtsprechung

Nach den vorangegangenen theoretischen Erörterungen soll nunmehr geprüft werden, wie die Rechtsprechung die bei der Anspruchs-

106 Ob bei dem Urteil der Cour de cassation v. 3. 1. 1963 nur Angehörige desselben Staates betroffen waren, kann aus der Entscheidung nicht entnommen werden. Nach Holleaux aaO S. 241 waren es ausschließlich Franzosen.

107 Cass., 3. 1. 1963 — D. 1963, 241: Verzicht auf Schadensersatz aus einem Auto-unfall in Spanien.

108 Dieses wird besonders von Serick, Die Anknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 18 (1953) 633 ff. befürwortet.

konkurrenz auftauchenden Probleme angepackt und bewältigt hat. Einer exakten Auswertung der Rechtsprechung im Hinblick auf die hier zu behandelnden Fragen stellen sich fast unüberwindbare Hindernisse rein tatsächlicher Art entgegen. Aus den meisten Urteilen läßt sich eine umfassende Kenntnis des betreffenden Sachverhalts nicht gewinnen, obwohl sie hier geradezu unerlässlich ist.

a) Transportverträge

Schon das ROHG¹⁰⁹ befaßte sich im Jahre 1874 anlässlich eines Unfalls, den ein Weichenwärter erlitten hatte, mit der Frage des Verhältnisses zwischen Vertrags- und Deliktsstatut. Allerdings gibt die Entscheidung selbst keine Antwort auf die kollisionsrechtliche Problematik, da die Frage nur im Hinblick auf den Gerichtsstand von Bedeutung war.

Kollisionsrechtliche Bedeutung haben zwei OLG-¹¹⁰ und drei BGH-¹¹¹ Entscheidungen. Die Entscheidung des *OLG Colmar* hatte einen Autounfall, der sich in Frankreich ereignete, zum Gegenstand. Auf Grund vertraglicher Beziehungen — der Kläger wollte ein Objekt in Frankreich besichtigen, an dem er etwas ausführen sollte — führen der Beklagte und der Kläger mit dem PKW des Beklagten nach Frankreich. Infolge zu starken Bremsens fiel der Wagen des Beklagten um und verletzte den Kläger. Das OLG prüfte nur, ob ein Anspruch aus unerlaubter Handlung nach französischem Recht gegeben sei, und zwar deshalb, weil der Kläger seinen Anspruch allein auf unerlaubte Handlung gründete. Dabei streifte es lediglich die Frage, ob aus den zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Beziehungen eine Haftungsbeschränkung in Betracht zu ziehen sei, wies aber diesen Einwand zurück, da eine diesbezügliche Parteivereinbarung nicht vorliege¹¹². Welchem Recht die zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen unterstanden, wird im Urteil nicht ausgeführt. Es war wohl das deutsche Recht. Wie sich aus den Gründen entnehmen läßt, war das Gericht geneigt, Vertrags- und Deliktsanspruch nach verschiedenen Rechten zu beurteilen. Es hat aber zu Unrecht die Frage offengelassen, ob sich der Unfall im Gefolge der bestehenden vertraglichen Beziehungen ereignet hat. Daß der Kläger seine Klage nur auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung stützte, kann dabei keine Rolle spielen. Wie

109 ROHGE 13, 68 (5. 3. 1874).

110 OLG Colmar, 29. 4. 1913 — RheinZ 6 (1914) 137; OLG Freiburg, 26. 10. 1950 — JZ 1951, 223 m. Anm. v. Ballerstedt.

111 BGHZ 34, 222; BGHZ 34, 227 = VersR 1961, 227 u. 1961, 268 (in beiden Fällen erfolgte die Klage auf Grund des gleichen tatsächlichen Vorgangs); BGH, 28. 3. 1961 — VersR 1961, 518.

112 Die Ausführungen des Urteils über die Haftungsbeschränkung sind noch weiter unten zu würdigen.

ausgeführt wurde, ist nach französischem Recht der Deliktsanspruch gegenüber dem Anspruch aus Vertrag als subsidiär anzusehen; es wäre somit dem Vertragsanspruch der Vorrang einzuräumen gewesen. Zum gleichen Ergebnis wäre man auch bei der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts gekommen, sofern beide Parteien auch tatsächlich Deutsche waren. Weder die eine noch die andere Möglichkeit ist vom Gericht in Erwägung gezogen worden. Für den Kläger war der Anspruch aus unerlaubter Handlung deshalb ausschlaggebend, weil er damit auch Anspruch auf Schmerzensgeld hatte. Aber auch bei Anwendung des deutschen Rechts als Vertragsstatut hätte dem Kläger Schmerzensgeld zugestanden werden müssen, weil sich insoweit die subsidiäre Wirkung des französischen Rechts nicht bemerkbar gemacht hätte. Denn das französische Deliktsrecht tritt nur in dem Umfang zurück, als sich das ausländische Recht mit ihm deckt. Wäre der Vertrag dem französischen Recht unterstanden, so wäre der Deliktsanspruch überhaupt nicht zum Tragen gekommen. Eine Verschlechterung wäre damit für den Kläger nicht eingetreten, da nach französischem Recht auch bei Vertragsverletzungen Schmerzensgeld gewährt wird ¹¹³.

Bei dem Urteil des *OLG Freiburg* (Spedition von Hausrat nach der Schweiz und dortige Einlagerung; Rücktransport in das Deutsche Reich gegen den Willen der Eigentümer) war zu prüfen, ob aus Speditionsvertrag oder aus unerlaubter Handlung das Schadensersatzbegehren zu rechtfertigen war. Da ein Teilakt in Deutschland begangen wurde, und auch infolge Art. 12 EGBGB ohnehin deutsches Recht zu berücksichtigen war, wandte das OLG deutsches Recht an. Der Deliktsanspruch entfiel jedoch, weil die Beklagte durch eine Verwaltungsanordnung des Dritten Reiches gezwungen wurde und damit schuldlos gehandelt hatte. Die vertraglichen Beziehungen wurden gleichfalls nach deutschem Recht beurteilt, so daß alle Kollisionsnormen auf das deutsche Recht verwiesen, und damit die mögliche Anspruchskonkurrenz nach einer einzigen Rechtsordnung zu beurteilen war. Hätte das Gericht schweizerisches Recht zur Anwendung gebracht, was ebenfalls möglich gewesen wäre, so hätte sich angesichts der schweizerischen Einstellung zur Frage der Anspruchskonkurrenz am Ergebnis nichts geändert.

In den beiden Entscheidungen des *BGH* vom 2. 2. 1961 ¹¹⁴ ging es um die Folgen eines Zusammenstoßes von zwei deutschen Schiffen im Hafen von Antwerpen. Auf den Zusammenstoß wandte der BGH die

¹¹³ Vgl. Mazeaud-Tunc, vol. I Nr. 334 f. (S. 416 ff.) m. Nachw. aus der Rechtsprechung.

¹¹⁴ M. Anm. v. Sieg MDR 1962, 115.

RechtsanwendungsVO¹¹⁵ an, insoweit ist jedoch die Entscheidung äußerst anfechtbar. Durch den Zusammenstoß ging ein Teil der Ladung (Weizensäcke) verloren. Die Transportversicherung, die dem Empfänger der Ladung hierfür DM 18 000,— ausbezahlte, machte nun diesen Betrag, da die Schadensersatzforderung auf sie übergegangen war, gegenüber dem Beklagten geltend. Der Beklagte hatte auch die Ansprüche des Verfrachters, der Reederei und der Ladungsbeteiligten anerkannt. Im zweiten Prozeß¹¹⁶ verlangte nun ein Ladungsbeteiligter des angefahrenen Schiffes Schadensersatz. Auf diese Forderung wurde vom BGH gleichfalls deutsches Recht angewendet; denn Schiff und Ladung mußten einheitlich beurteilt werden.

Fraglich ist zunächst einmal, ob es vor allem den Ladungsbeteiligten treffen soll, daß die beiden kollidierenden Schiffe die gleiche Flagge führen¹¹⁷ und daher deren gemeinsames „Heimat“recht angewandt wird. Daß hier auf jeden Fall für den Ladungsbeteiligten das Recht des Deliktortes in erster Linie ins Auge zu fassen ist, gebietet sich aus der allgemeinen Regel, daß Schiffskollisionen in Territorialgewässern nach der am Kollisionsort geltenden Rechtsordnung zu beurteilen sind. Von einer Anspruchskonkurrenz ist natürlich bei der der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachgestaltung keine Rede. Dies wäre nur möglich, wenn es sich um einen Ladungsbeteiligten des schuldigen Schiffes handeln würde. In diesem Fall käme sowohl ein vertraglicher wie ein deliktischer Schadensersatzanspruch gegen den schuldigen Reeder bzw. Ausrüster in Frage. Wir gehen deshalb im folgenden von diesem abgewandelten Sachverhalt aus.

Die erste Frage stellt sich hierbei, ob der Ladungsbeteiligte¹¹⁸ überhaupt einen vertraglichen Anspruch gegen den Reeder hat¹¹⁹. Ablader bzw. Befrachter¹²⁰ haben gegen den Reeder (Verfrachter) einen Anspruch aus dem Frachtvertrag, zweifelhaft ist dies aber für den Empfänger der Ladung. Sieht man im Frachtvertrag einen Vertrag zugunsten des Empfängers an, dann ist ein Anspruch des Empfängers aus Schlechterfüllung des Frachtvertrages gegen den Reeder gegeben, soweit der Reeder dies zu vertreten hat. Eine andere Rechtslage ergibt sich aber dann, wenn man einen Vertrag zugunsten Dritter

115 BGHZ 34, 222 (223) = VersR 1961, 267. Das nautische Verschulden beurteilt sich gleichwohl nach der *lex loci* (aaO S. 226). So hatte im übrigen schon das ROHG in ROHGE 24, 83 (86) entschieden. Zur Entscheidung des BGH auch Beitzke NJW 1961, 1993 ff., Wengler JZ 1961, 424 ff. und Liesecke in LM Art. 12 EGBGB Nr. 8.

116 BGHZ 34, 227 = VersR 1961, 268.

117 Aus dem Urteil wird nicht klar ersichtlich, auf was es nun eigentlich hinsichtlich der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts ankommt.

118 Zum Begriff des Ladungsbeteiligten Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelsrecht, Hamburg 1947, S. 230.

119 Wir gehen dabei von der Annahme aus, daß der Reeder zugleich auch Verfrachter ist, was jedoch nicht immer so sein muß.

120 Der Einfachheit halber sollen beide Funktionen auch hier durch eine Person wahrgenommen werden.

ablehnt. Dem Empfänger verbleiben dann die Rechte aus dem Konnossement¹²¹, die aber nicht vertraglicher, sondern sachenrechtlicher Natur sind, so daß hier Sach- und Deliktsstatut mit einander konkurrieren können, nicht aber Vertrags- und Deliktsstatut. Nach den allgemeinen Regeln richtet sich ein sachenrechtlicher Anspruch nach der *lex rei sitae*, die sich aber mit den gewöhnlichen Mitteln wie dem Lageort nicht lokalisieren läßt, da es sich hier um einen Fall der *res in transitu* handelt. Durch Übergabe des Konnossements wird der Empfänger der Ware, wenn er auch deren Käufer ist, Eigentümer, sofern der Kaufvertrag nicht selbst schon eigentumsverschaffende Wirkung hat. Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Traditionsfunktion des Konnossements im internationalen Privatrecht sind hier nicht weiter zu verfolgen¹²², wann also im Einzelfall und nach welchem Recht der Eigentumsübergang eintritt. Für die Beschädigung des Ladegutes ist es nicht so wichtig, wie sich die sachenrechtliche Lage am Ladegut darstellt, denn bei einer Schadensersatzklage wird der deliktsrechtliche Schutz in Anspruch genommen. Danach werden aber in der Regel die sachenrechtlichen Befugnisse nach der Rechtsordnung beurteilt, die auf Delikte anzuwenden ist, es sei denn, daß — wie hier — die Eigentumslage am Ladegut nach einer anderen Rechtsordnung zu beantworten ist wie derjenigen, die auf die unerlaubte Handlung Anwendung findet. In diesem Fall ist die Frage nach dem Eigentum eine selbständig anzuknüpfende Vorfrage, das Maß seines Schutzes richtet sich aber nach dem Deliktsstatut. Ob aber die Anwendung des Deliktsstatuts bei Beschädigung schwimmender Ware sinnvoll ist, kann füglich bezweifelt werden, wenn bereits zwischen dem Verfrachter/Reeder und dem Ablader/Befrachter ein obligatorisches Band besteht. Hier ist dem Vertrag immer der Vorzug zu geben; das Deliktsstatut ist hier zufälliger Natur und im Fall der Beschädigung auf hoher See recht ungeklärt. Es ließe sich zwar das Recht der Flagge anwenden, was aber zu dem wenig schönen Ergebnis führt, daß u. U. ein vom Vertragsstatut unterschiedliches Recht zur Anwendung kommt. Für den Empfänger gilt nichts anderes: Bei einem Vertrag zugunsten Dritter hat er einen Anspruch auf ordnungsmäßige Erfüllung; erfolgt diese nicht, dann steht ihm ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag zu. Lehnt man den Weg über den Vertrag zugunsten Dritter ab, dann bleibt es bei dem Anspruch des Abladers/Befrachters, dieser aber ist verpflichtet, den Schadensersatzanspruch dem Empfänger abzutreten bzw. ihm den Schadensbetrag zu übermitteln, wenn er den Anspruch selber geltend macht. Man begegnet hier der Dritt-

121 Bei handelsüblicher Verschiffung wird ein Konnossement ausgestellt (Wüsten-dörfer aaO S. 283); beim Stückgutvertrag ist die Ausstellung eines Konnossements die Regel (Abraham, Das Seerecht, 2. A., Berlin 1960, S. 115).

122 Darüber ausführlich Denninger, Die Traditionsfunktion des Seekonnossements im internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. — Berlin 1959.

schadensliquidation, deren international-privatrechtliche Behandlung noch offensteht ¹²³.

Im letzten hier zu besprechenden Fall hatte der *BGH* ¹²⁴ über einen Unfall eines Taxis ¹²⁵ zu entscheiden, das von Wiesbaden nach Cannes fuhr und auf der Fahrt von Cannes, die in Zürich zu Ende sein sollte, in den französischen Alpen verunglückte. Der Taxifahrer kam bei dem Unfall ums Leben, der Fahrgast erlitt eine Gehirnerschütterung und mehrere Knochenbrüche. Letzterer klagte nun gegen die Witwe des Taxifahrers auf Schmerzensgeld und auf Feststellung, daß sie für allen zukünftigen Schaden haftbar gemacht werden könne.

Die Beklagte beruft sich auf stillschweigenden Haftungsausschluß bzw. Handeln auf eigene Gefahr; denn der Kläger habe trotz der ihm bekannten Ermüdung des Fahrers auf der Rückfahrt bestanden und ihn zur Eile angetrieben.

Der BGH ist der Ansicht, daß die vertraglichen Ansprüche nach deutschem Recht zu beurteilen seien, die deliktischen Schadenersatzansprüche aber nach französischem Recht. Auf die Frage des Haftungsausschlusses ist das Urteil jedoch leider nicht eingegangen. Hierbei hätte es dazu Stellung nehmen können, ob nur das Deliktsrecht oder evtl. auch eine andere Rechtsordnung darüber zu befinden hätte. Von den oben behandelten Fällen des Haftungsausschlusses unterscheidet sich dieser Fall insoweit, als hier der die Haftung möglicherweise vermindern Umstand erst nach Fahrtantritt, und zwar im Bereich der *lex loci* eingetreten ist. Im übrigen bringt aber das Urteil zum Problem selbst keine weiteren Ausführungen als lediglich die Feststellung, daß das deutsche Recht im gegebenen Fall zwei Kollisionsnormen auf einen Sachverhalt zur Anwendung bereit hält, was ja, wie schon dargelegt wurde, auf der materiell-rechtlichen Konzeption der Anspruchskonkurrenz im deutschen Recht beruht. Wie sich das ausländische Recht dazu stellt, darüber sucht man vergeblich irgendwelche Bemerkungen.

Auch die französische Rechtsprechung bringt für unser Problem keine Klarheit. In der Entscheidung der Cour d'appel de Caen vom 11. 2. 1907 ¹²⁶ werden alle Probleme miteinander vermengt. Es ging dabei um einen dem englischen Recht unterstehenden Transportvertrag, auf Grund dessen die Ware nach Frankreich gebracht werden sollte. Die Ware selbst war aber bereits auf der Eisenbahn in England beschädigt worden. Die im Vertrag enthaltene Enthaltungsklausel (*clause de non-garantie*) wurde wegen Verstoßes gegen den ordre

123 S. unten III. 3. a).

124 VersR 1961, 518.

125 Aus der Entscheidung könnte man entnehmen, daß es sich um ein deutsches Taxi gehandelt hat. Nach einer Mitteilung von Neuhaus an Beitzke (vgl. Beitzke NJW 1962, 429 Anm. 14) war es indes ein österreichisches Taxi.

126 Revue 1912, 762.

public für nichtig erklärt. Ein englischer Transporteur könne sich nicht jeglicher Haftung gegenüber dem französischen Empfänger entziehen. Anscheinend nahm das Gericht auch deshalb eine unerlaubte Handlung an; die Entscheidung hüllt sich indes mehr oder weniger in Schweigen und spricht nur von der Regel *locus regit actum*. Man erfährt aber nicht, wie das Gericht sie angewandt wissen will. Für den englischen Exporteur hätte nach englischem Recht eine Wahlmöglichkeit zwischen vertraglichem und deliktischem Anspruch bestanden, wenn die Haftung nicht ausgeschlossen worden wäre. Die im Sachverhalt auftauchenden Probleme sind aber an sich der Drittschadensliquidation zuzurechnen.

In der Entscheidung der Cour d'appel de Paris vom 24. 5. 1924¹²⁷ ist die Frage hingegen klar gesehen worden. Hier klagte der Befrachter gegen den Verfrachter auf Ersatz des Schadens, der durch den Verlust der Ware entstanden war, und zwar stützte sich der Befrachter auf Art. 1382 C.c. und nicht auf den Anspruch aus dem Frachtvertrag. Nach Art. 433 Abs. 3 C.comm. (der damals geltenden Fassung) wäre der Anspruch verjährt gewesen. Das Gericht erklärte jedoch ausdrücklich, daß die Klage auf Schlechterfüllung des Transportvertrages beruhe und der Schadensersatzanspruch daher verjährt sei („a pour base l'exécution défectueuse du contrat de transport“). Das Gericht stützte sich auf die übliche französische Auffassung, daß die vertraglichen Ansprüche den deliktischen vorgehen. Diese Regel wandte es auch im Bereich des Kollisionsrechtes an.

Von den niederländischen Entscheidungen sind neben denen über den Fall „De Ooievaar“¹²⁸ die der Rb Rotterdam vom 28. 11. 1947¹²⁹ und der Rb Arnhem vom 21. 4. 1949¹³⁰ erwähnenswert. Auf den erstgenannten Fall ist noch weiter unten zurückzukommen. Im Urteil der Rb Rotterdam ging es um den Schaden, den ein von einem Hebeschiff auf ein Lastschiff herunterfallendes Wrackstück angerichtet hatte. Sowohl Hebe- als auch Lastschiff waren niederländischer Herkunft. Sie befaßten sich mit der Hebung und Beseitigung von Schiffswracks auf dem Rhein in Deutschland. Das Gericht prüfte den Ersatzanspruch lediglich nach Deliktsrecht und wandte hierbei deutsches Recht als Recht des Begehungsortes an, sah also von der Anwendung gemeinsamen Heimatrechts ab. Die Klage selbst wies es wegen Verjährung ab. Es hätte hier aber auch geprüft werden können, was wohl näher gestanden hätte, in welchem Verhältnis die Parteien zueinander standen und nach welchem Recht dieses zu beurteilen gewesen wäre, so daß nach der niederländischen *lex fori* dem Vertragsanspruch, falls ein solcher bestanden hätte, der Vorzug zu geben gewesen wäre. Die Rb

127 Clunet 1925, 677.

128 S. Anm. 11.

129 N. J. 1948 Nr. 637.

130 N. J. 1950 Nr. 471.

Arnhem wandte in der erwähnten Entscheidung auf die Schlechterfüllung eines Schleppvertrages, bei dem ein belgisches Schiff beschädigt worden war, nur Vertragsrecht an.

Am deutlichsten wird aber die Problematik Vertrags-Deliktsrecht in der Entscheidung des Hof 's Gravenhage vom 16. 6. 1955¹³¹ angesprochen. Der Kläger machte mit dem Beklagten, beide waren Niederländer, eine Ferienreise mit dem Kleinwagen des Beklagten nach Frankreich. Auf der Strecke Nizza—Grenoble wurde der Wagen infolge Verschuldens durch den Beklagten aus einer Rechtskurve getragen und prallte gegen einen Baum. Hierbei erlitt der Kläger schwere Verletzungen, die eine weitere Ausübung des Berufes für den Kläger unmöglich machten. Das Gericht führt aus, daß zwar im allgemeinen eine unerlaubte Handlung nach dem Recht des Begehungsortes zu beurteilen sei, also hier nach französischem Recht, daß aber in diesem Fall von dieser Regel eine Ausnahme zu machen sei. Die aus dem Unfall sich ergebenden Folgen gehörten hier zur Rechtssphäre eines anderen Landes, nämlich der Niederlande; einmal hätten die Parteien hier ihren Wohnsitz, zum anderen hänge der Unfall so eng mit der in den Niederlanden gemachten Absprache zusammen, die sich nicht ausschließlich auf Frankreich bezogen habe. Dies habe nicht nur für den Anspruch aus unerlaubter Handlung, sondern auch für die durch den Beklagten erfolgte Schlechterfüllung des Vertrages zu gelten. Entgegen der sonstigen Haltung der niederländischen Rechtsprechung bejaht das Gericht hier den Delikts- wie den Vertragsanspruch, gibt aber letzten Endes doch dem Vertragsanspruch den Vorzug, da dieser hier auch Einfluß auf den Deliktsanspruch nahm, wenigstens kann dies insoweit dem Urteil entnommen werden, als der Kläger nicht ohne weiteres von sich aus sein Begehren nur noch auf grobes Verschulden des Beklagten eingeschränkt hätte.

Auch der österreichische OGH hat sich in mehreren Entscheidungen¹³² mit vorliegender Problematik befaßt. Bei der ersten der zitierten Entscheidungen handelt es sich um die Versendung einer Lokomotive von Ungarn nach Österreich. Durch Verschulden der Bahn wurde die Lokomotive beim Verladen auf einer Station der ungarischen Eisenbahn beschädigt. Der OGH untersuchte nur, ob ein Anspruch aus dem Frachtvertrag in Frage kam, auf einen etwaigen Deliktsanspruch ging er nicht ein. Dies war insofern unschädlich, da auch auf den Transportvertrag ungarisches Recht zur Anwendung kam. Im zweiten Fall war über die Zuständigkeit in einem Rechtsstreit zu befinden, der einen Eisenbahnunfall in Ungarn zum Gegenstand hatte. In seinen Erörterungen ließ der OGH zwar das anzuwendende Recht selbst dahingestellt, implizit ist seinen Ausführungen

131 N. J. 1955 Nr. 615.

132 OGH Slg. 38 (1903) Nr. 1287 (13. 2. 1901); Slg. 43 (1908) Nr. 3439 (8. 6. 1906); SZ XXVI Nr. 205 (12. 8. 1953); OGH, 15. 12. 1961 — JBl. 1962, 205.

zur Frage der Zuständigkeit jedoch zu entnehmen, daß er nur die Ansprüche aus unerlaubter Handlung im Auge hatte, nicht aber solche aus Vertrag, obwohl sich eine derartige Annahme angeboten hätte. In der Entscheidung vom 12. 8. 1953 hat der OGH grundsätzlich bejaht, daß bei Anspruchskonkurrenz die Anwendung mehrerer Rechte in Frage kommen könne. Ein deliktischer Vertragsschluß sei allerdings nach dem Recht des Begehungsortes zu beurteilen. Aus dem Urteil ist jedoch nicht ersichtlich, ob dieser Ausspruch des Gerichts auch allgemein für Vertragsverletzungen gemeint ist, die durch ein Delikt erfolgen. In seiner zuletzt zitierten Entscheidung stützte der OGH sein Urteil nur auf den Anspruch aus Beförderungsvertrag. Hier hatte der Ehemann der Klägerin in Wien bei der SAS einen Flug gebucht. Das Flugzeug, mit dem der Ehemann der Klägerin flog, stürzte in der Nähe von Ankara ab, wobei dieser ums Leben kam. Auf den Vertrag wandte der OGH österreichisches Recht an. Der eventuelle Anspruch aus unerlaubter Handlung wurde nicht erörtert.

In seiner Entscheidung vom 20. 1. 1948¹³³ sah das schweizerische Bundesgericht ebenfalls von einer Berücksichtigung des Deliktsrechts ab. Eine Versicherungsgesellschaft¹³⁴ machte hier den Schadensersatzanspruch ihres Versicherungsnehmers geltend, der diesem gegen die beklagte Reederei zustand. Der Transport selbst sollte von Rotterdam nach Basel erfolgen. Das schweizerische Schiff sank jedoch auf der Maas. Der Transportvertrag enthielt zwar eine Haftungsausschlußklausel, die aber nach Ansicht des Gerichts diesen Umstand nicht mitumfaßte, so daß also der normale Vertragsanspruch zu prüfen war, der sich nach schweizerischem Recht richtete. Der Vertrag verwies jedoch teilweise auf das deutsche Binnenschiffahrtsgesetz (materiell-rechtliche Teilverweisung), so daß gem. § 58 BinnSchG die Reederei auch bei Sinken des Schiffes haftete. Es hätte hier an sich auch noch die Frage geprüft werden können, inwieweit nicht auch niederländisches Recht unter dem Gesichtspunkt des Begehungsortes anwendbar gewesen wäre. Im Endergebnis ist freilich dem Bundesgericht darin zuzustimmen, daß allein nach vertraglichen Gesichtspunkten die Rechtslage zu würdigen ist.

Zum Schluß dieses Abschnitts seien noch eine dänische¹³⁵ und griechische¹³⁶ Entscheidung erwähnt. Dem dänischen Gericht war folgender Sachverhalt unterbreitet worden: Zwei Dänen hatten miteinander einen Frachtvertrag abgeschlossen, nach dem Waren von den Nieder-

133 BGE 74 II 81.

134 Zu beachten ist bei der Berufung des Bundesgerichts auf Art. 438 Abs. 1 c. comm., daß zur Zeit des Urteils zwar schon der neue italienische Codice civile galt, die Klage der Versicherungsgesellschaft aber schon im Jahre 1940 erhoben worden war; denn das Schiff sank am 26. 7. 1937, als noch der codice di commercio in Kraft war.

135 Trib. du Danemark occidental, 17. 9. 1949 — Clunet 1954, 500.

136 Cour d'appel d'Athènes (1908) Clunet 1912, 1253.

landen über Deutschland nach Dänemark transportiert werden sollten. Während des Transports durch Deutschland wurde die Ware infolge eines Verkehrsunfalles beschädigt. Der Kläger verlangte Ersatz des Schadens. Das dänische Gericht verurteilte den Beklagten nach Maßgabe des dänischen Rechts, das auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag Anwendung finde. Das Gericht verzichtete demnach darauf, den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch auch nach deutschem Recht als dem Deliktsstatut zu untersuchen.

Das Urteil der Cour d'appel d'Athènes entschied über einen vom Kapitän des betreffenden Schiffes verschuldeten Schiffsuntergang in den griechischen Territorialgewässern. Das Schiff war in einem griechischen Hafen beladen worden. Der Ladungseigentümer forderte vom Reeder Ersatz für den Verlust der Ladung. Das Gericht zog sowohl Schadensersatz aus Vertrag wie auch aus Delikt in Erwägung und führte aus, daß aus beiden Rechtsgründen das Begehren des Klägers gerechtfertigt sei. Es wird also Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrag und Delikt angenommen, wie dies auch heute noch dem griechischen Recht entspricht¹³⁷. Vertrags- und Deliktsstatut verwiesen beide auf griechisches materielles Recht. Dies ist einer der wenigen Fälle, in denen bei einem Ladungsschaden auch auf das Deliktsrecht abgestellt worden ist, was natürlich hier ohne große Schwierigkeiten erfolgen konnte, da ohnehin das materielle Recht der *lex fori* anzuwenden war.

Im ganzen zeigt sich bei diesem Überblick, daß in der Mehrzahl der Fälle das Vertragsrecht nicht nur die einzig angemessene Lösung zu bieten vermag, sondern daß auch die Gerichte intuitiv nach dem Vertragsrecht greifen, weil damit ein enges obligatorisches Band zwischen den Parteien zu Hilfe genommen werden kann, das die Zufälligkeiten einer deliktsrechtlichen Beurteilung vermeidet.

b) Andere Fälle von Anspruchskonkurrenzen

Unerklärlicherweise ist die Rechtsprechung hinsichtlich sonstiger Konkurrenzfälle im Verhältnis zum Transportrecht verhältnismäßig umfangreich.

Das RG hat in drei Entscheidungen¹³⁸, in denen eine Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsanspruch in Rede stand, stets betont, daß der Vertragsanspruch nach dem Vertragsstatut und der Deliktsanspruch nach dem Deliktsstatut zu beurteilen seien. Freilich hat es nie geprüft, ob auch das zur Anwendung gelangende ausländische Recht die Anspruchskonkurrenz bejaht. Es ist immer stillschweigend davon

¹³⁷ Vgl. Zepos, *Le problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit hellénique*, Rev. Hell. dr. int. 1962, 256 ff.

¹³⁸ RG, 14. 2. 1902 — SA 57 Nr. 186; RG, 15. 5. 1924 — Warn. 1923/24 Nr. 183; RGZ 118, 142.

ausgegangen, daß insoweit das deutsche Recht maßgebend sein müsse, obwohl das Urteil vom 15. 5. 1924 niederländisches Recht und das vom 29. 9. 1927 tschechoslowakisches Recht¹³⁹ anwandten. Im Sinne des RG sind auch der BGH¹⁴⁰ und das KG¹⁴¹ verfahren. Nach der hier dargelegten Ansicht hätte das KG auf die Frage näher eingehen müssen; denn das französische Recht war im gegebenen Fall Deliktsstatut.

Einen besonders interessanten Fall behandelt die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 7. 11. 1956¹⁴². Hier hatte der Antragsteller, ein Fabrikant, mit dem Antragsgegner ein Exportverbot vereinbart. Trotzdem inserierte der Antragsgegner in einer niederländischen Zeitung; in der Anzeige bot der Antragsgegner die Lieferung der vom Antragsteller hergestellten Ware an. Für die Niederlande selbst hatte aber der Antragsteller einem anderen das Alleinvertriebsrecht eingeräumt¹⁴³. In dem vom Antragsgegner aufgegebenen Inserat erblickt das OLG einen Verstoß gegen § 3 UWG, also eine unerlaubte Handlung. Hier finde auch deutsches Recht Anwendung, da die Initiativehandlungen von Deutschland ausgegangen seien. Initiativehandlungen würden noch vom Recht des Handlungsortes erfaßt werden, da der Begriff des Handlungsortes weit auszulegen sei. Diese gequälte Begründung verdeckt nur die Absicht des Gerichts, gemeinsames Heimatrecht zur Anwendung zu bringen. Das OLG läßt indes die Frage ausdrücklich offen, ob auch aus Vertrag ein Anspruch in Betracht kommen könnte. Der Unterlassungsanspruch, der dem Kläger von § 3 UWG eingeräumt wird, hätte sich auch vertraglich begründen lassen, da der wesentliche Inhalt eines Exportverbotes eben in der Unterlassung der Ausfuhr der klägerischen Ware besteht. In dem vom OLG entschiedenen Fall hätte zuerst einmal auf die hier bestehenden vertraglichen Beziehungen eingegangen werden müssen, bevor man sich dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zugewendet hätte. Das Pferd wurde daher am Schwanz aufgezäumt, wenn das OLG nur die Anwendung des UWG in Betracht zog.

Über den in der IPR-Rechtsprechung recht seltenen Fall eines Verwahrungsvertrages hatte die Cour d'appel de Riom¹⁴⁴ zu befinden. Bei einem Garagenbrand wurde der Wagen eines Ausländers vernichtet. Auf Grund einer Subrogation klagte die Versicherungsgesellschaft des Autoeigentümers gegen den Garageninhaber. Der Schadensersatzanspruch konnte hier neben dem Verwahrungsvertrag möglicherweise

139 Über dieses Urteil s. auch das Kap. zu Art. 12 EGBGB.

140 BGH, 11. 7. 1957 — WM 1957, 1047. Er prüft hinsichtlich eines Zahlungsanspruches, ob dieser aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sei, und zwar jeden Anspruch nach einer anderen Rechtsordnung.

141 KG, 26. 11. 1954 — IPRspr. 1954/55 Nr. 28.

142 WRP 1957, 121.

143 Die kartellrechtliche Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung kann hier dahingestellt bleiben. Das OLG hat sie bejaht.

144 29. 1. 1932 — S. 1934.2.49 m. N. v. Niboyet.

auch auf unerlaubte Handlung gestützt werden. Aus den Erörterungen des Gerichts ergibt sich indes nicht klar, aus welchem Rechtsgrund es die Verurteilung zum Ersatz des Schadens ausgesprochen hat. Vertrags- und Deliktsstatut war das französische Recht, weshalb es auch ohne Bedeutung war, ob das Urteil auf Vertrags- oder Deliktsrecht beruhte. Nach französischem Recht wäre ohnehin der Vertragsanspruch vorrangig gewesen.

Einen weiteren eigenartigen Fall hat die Cour d'appel de Paris¹⁴⁵ entschieden. Auf den komplizierten Sachverhalt einzugehen ist hier nicht weiter notwendig. Interessant ist nur, daß die Cour d'appel genau den umgekehrten Weg ging, der bisher geschildert wurde. Zur Debatte stand, ob dem Kläger aus Vertrag oder Delikt ein Anspruch zustand. Das Gericht bejahte sowohl die Anwendung des Delikts- als auch des Vertragsrechts, wobei es in erster Linie das Urteil auf das Deliktsrecht gründete und nur zur Festigung seiner Annahme, daß dieses Recht Anwendung finden müsse, darauf verwies, daß auch die Anwendung des Vertragsrechts nichts anderes ergebe. Bemerkenswert ist dieses Vorgehen schon deshalb, weil in der Regel nach der französischen Rechtsprechung dem Anspruch aus Vertrag der Vorzug zu geben ist und nicht umgekehrt dem Anspruch aus unerlaubter Handlung. Auch hätte man erwartet, daß der in Frage stehende Anspruch nur als vertragsrechtlich qualifiziert worden wäre und damit allein der Parteiautonomie den Weg freigegeben hätte. Freilich erscheint es fraglich, diese Entscheidung schon wegen der besonderen tatsächlichen Umstände verallgemeinern zu können.

Anders gelagert als die gewöhnlichen Konkurrenzfälle sind diejenigen, bei denen der Vertragsschluß bzw. eine Vertragsänderung durch Täuschung oder Drohung herbeigeführt wird. Hier wird auch meistens nicht Schadensersatz verlangt, sondern der Kläger will vom Vertrag loskommen. Diese Tatbestände gehören aber systematisch zum Vertragsrecht und können daher nicht näher erörtert werden¹⁴⁶.

c) Haftungsbeschränkungen

Bedauerlicherweise ist dem Verfasser aus der deutschen Praxis keine Entscheidung bekannt, die auf diese wichtige Frage ausdrücklich eingeht. Zu bemerken ist auch, daß Entscheidungen aus dem internationalen Eisenbahntransportrecht nicht hierher gehören¹⁴⁷.

145 7. 7. 1954 — Rev. crit. 1954, 552 m. N. v. Francescakis.

146 An Entscheidungen seien genannt: RG, 10. 1. 1903 — NZ 13, 173; Rb Rotterdam, 29. 11. 1929 — N. J. 1930, 548; Rb 's Gravenhage, 6. 6. 1935 — N. J. 1936 Nr. 402; OGH SZ XXVIII Nr. 200 (14. 9. 1955).

147 So hat die Cour de cassation, 16. 3. 1914 — Clunet 1914, 1312 ausgesprochen, daß die Loi Rabier nur für Binnentransporte gelte, nicht aber für internationale Eisenbahntransporte. Für diese sei die Konvention über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 1. 1. 1893 — i. d. F. v. 25. 2. 1961 — maßgebend.

Wir müssen daher allein auf einige ausländische Fälle zurückgreifen, um die praktische Bedeutung dieser Frage etwas zu erhellen.

Der Beispielsfall schlechthin scheint uns der niederländische Rechtsstreit „De Ooievaar“ zu sein. Hier war kraft Art. 6 der damals geltenden IATA-Bedingungen ein Haftungsausschluß vereinbart worden, dem Warschauer Abkommen waren die Niederlande zu diesem Zeitpunkt noch nicht beigetreten, so daß die Frage rein internationalprivatrechtlich gelöst werden mußte, welcher Einfluß einer solchen Klausel zukommt und nach welchem Recht sie zu beurteilen ist. Die Rb 's Gravenhage und der Hoge Raad prüften die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses nach siamesischem Recht, also nach der Rechtsordnung, in deren Geltungsbereich das Flugzeug abgestürzt war, und nicht nach dem auf den Vertrag anzuwendenden niederländischen Recht, während der Hof 's Gravenhage die Enthaftungsklausel am Vertragsstatut maß. Letztere Lösung scheint uns auch die einzig richtige zu sein. Zur Begründung darf insoweit auf die früheren Ausführungen verwiesen werden. Die deliktsrechtliche Betrachtungsweise war hier aus dem besonderen Umstand heraus gerechtfertigt, daß die Angehörigen des Getöteten zu der beklagten Luftfahrtgesellschaft in gar keinen vertraglichen Beziehungen standen. Für sie kam von vornherein nur ein Anspruch aus unerlaubter Handlung in Frage. Einen vertraglichen Verzicht auf jedwede Schadensersatzansprüche konnte der Getötete nur für sich aussprechen; dies ergibt sich schon aus dem Gesichtspunkt, daß ein Vertrag zum Nachteil eines Dritten in der Regel nicht zulässig ist¹⁴⁸. Hinzu kommt noch, daß durch einen solchen Verzicht eventuell die betreffende öffentliche Fürsorge mit den Unterhaltslasten für die Angehörigen belastet würde. Es ist allerdings auch nicht richtig, wenn man zwar die Ansprüche der Hinterbliebenen deliktsrechtlich qualifiziert, dann aber andererseits die hierfür maßgebenden Normen dem Deliktsrecht der Rechtsordnung entnehmen will, die für die Beurteilung des Vertrages maßgebend ist, also hier Art. 1406 BW¹⁴⁹. Hierzu besteht keinerlei Veranlassung, dies würde nämlich im Endergebnis bedeuten, daß das Heimatrecht des in Anspruch Genommenen zur Anwendung gelangen würde. Wenn man schon den Anspruch als deliktsrechtlich ansieht, so muß dann konsequenterweise dieser nach dem Deliktsstatut beurteilt werden, es sei denn, daß man für derartige Unterhaltsansprüche eine andere Anknüpfung vorschlagen wollte¹⁵⁰. An eine Anwendung des Vertrags-

148 Der Klägersvertreter Mr. Veegens hatte in seiner Kassationsschrift gleichfalls ausgeführt, daß die Enthaftungsklausel nach niederländischem Recht zu beurteilen sei.

149 So der Generalstaatsanwalt Besier in seinem Plädoyer. Der gleichen Ansicht ist van Gorkum aaO S. 156.

150 Wie dies die Auffassung des Klägersvertreters war. Er meinte, hier sei das Personalstatut des Getöteten und der Hinterbliebenen ausschlaggebend.

statuts wäre freilich dann zu denken, wenn Rechte des Getöteten geltend gemacht würden, was aber bei den Ansprüchen der Hinterbliebenen als solchen regelmäßig nicht der Fall ist.

Es ist jedoch nicht zu verschweigen, daß der Privy Council in *Canadian Pacific Railway Co. v. Parent and Chalifour*¹⁵¹,¹⁵² in ähnlicher Weise entschieden hat¹⁵³. Die Angehörigen eines durch einen Eisenbahnunfall ums Leben gekommenen Mannes klagten gegen die betreffende Eisenbahngesellschaft. Der Getötete hatte einen Viehtransport von Winnipeg nach Montreal zu begleiten. Sein Ticket, das der Getötete auch unterschrieben hatte, enthielt eine Freizeichnung von jeglicher Haftung. Die Kläger sind in Quebec domiziliert, wo sich auch der Sitz der beklagten Eisenbahngesellschaft befindet. Der Unfall ereignete sich jedoch in Ontario. Nach dem Recht von Quebec hatten die Kläger ein eigenes Recht auf Schadensersatz, aber nicht nach dem Recht von Ontario. Nach dieser Rechtsordnung konnten die Hinterbliebenen lediglich die dem Getöteten zustehenden Rechte geltend machen, die er gegen die Gesellschaft noch hatte und vererbte. Wenn also die Freizeichnung nach dem Deliktsstatut zu beurteilen war, hatten die Kläger gegen die Gesellschaft keinerlei Ansprüche mehr, da der Getötete auf sie verzichtet hatte (ordre public-Erwägungen müssen hier außer Betracht bleiben). Dies nahm auch der Privy Council in der Tat an. Das Ergebnis dieser Entscheidung wird dann verständlicher, wenn man sich die Konstruktion des Hinterbliebenenanspruchs nach englischem Recht vor Augen hält. Unrichtig an dem Urteil ist jedoch, daß die Enthaftungsklausel nach dem Deliktsstatut beurteilt wurde und nicht nach dem auf die vertraglichen Beziehungen anwendbaren Recht. Es wurde bereits schon dargelegt, daß derartige „offene Verweisungen“ auf eine im vornherein nicht näher bekannte Rechtsordnung abzulehnen sind. Nach beiden in Frage kommenden Rechten war die Freizeichnung zwar zulässig, ihre Wirkung gegenüber den Hinterbliebenen hingegen verschieden.

Ein weiterer instruktiver Fall aus der englischen Rechtsprechung ist *Jones v. Oceanic Steamship Co. Ltd.*¹⁵⁴. Der Kläger buchte bei der beklagten Schiffahrtsgesellschaft in Detroit eine Überfahrt von New York nach Southampton. Das Ticket enthielt u. a. auch einen Haftungsausschluß für jegliche Schäden, die dem Reisenden während der Fahrt entstehen würden; ferner bestimmte es, daß auf den Vertrag auch englisches Recht anzuwenden sei. Der Kläger erlitt nun auf

¹⁵¹ Es handelte sich nach dem Recht von Ontario um einen Anspruch nach dem Fatal Accidents Act (Lord Campbell's Act).

¹⁵² 116 L. T. R. 165 = (1917) A. C. 195 = *Clunet* 1919, 1124. Vgl. auch hierzu *Collins aaO* S. 115.

¹⁵³ Zur international-privatrechtlichen Behandlung der Fatal Accidents Acts *Webb, The conflict of laws and the English fatal accidents acts*, 24 *Mod. L. Rev.* 467 ff. (1961).

¹⁵⁴ 132 L. T. R. 307 (K. B. D.) = *Clunet* 1925, 794.

Grund Verschuldens seitens des Schiffspersonals Verletzungen am Arm und verlangte daher von der beklagten Gesellschaft Schadensersatz. Er verwies darauf, daß nach dem am Abschlußort (Detroit) geltenden Recht, dem auch der Vertrag unterliege, ein derartiger Haftungsausschluß unzulässig und sein Begehren daher gerechtfertigt sei. Das Gericht wies jedoch die Klage ab, weil kraft Vereinbarung das englische Recht anwendbar und nach diesem ein Haftungsausschluß der vorliegenden Art zulässig sei. Daß dem Kläger auch aus Deliktsrecht ein Anspruch auf Schadensersatz an sich zustand, wird sich wohl nicht bestreiten lassen. Die Schwierigkeit bestünde hier aber darin, welches Recht man dabei anwenden wollte; denn der Kläger wurde auf hoher See verletzt. Es war daher weise, daß die King's Bench Division auf dieses Problem gar nicht einging. Hätte sie aber diese Frage erörtert, so wäre, gleichgültig welchem Recht man den Anspruch aus unerlaubter Handlung unterworfen hätte, ebenfalls das Vertragsstatut maßgebend gewesen. Zweifel kann man allerdings hier insoweit anmelden, als man überhaupt bei solchen einseitig aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen die Rechtswahl und damit auch die damit verbundenen Bedingungen für gültig erachten will.

Kehren wir nunmehr wieder zur niederländischen Rechtsprechung zurück. In der beachtlichen und auch bereits zitierten Entscheidung des Hof 's Gravenhage¹⁵⁵ wurde bezüglich eines vor Antritt einer Ferienreise abgeschlossenen Vertrages ausgeführt: „... terwijl bovendien het ongeval nauw samenhangt met een door pp. in Nederland gemaakte afspraak, welke niet uitsluitend (!) op rijden in Frankrijk betrekking had; ...“ („... während überdies der Unfall eng zusammenhängt mit einer von den Parteien in den Niederlanden getroffenen Absprache, welche sich nicht ausschließlich auf Fahrten in Frankreich bezieht; ...“). Wendet man diesen Gedankengang auch auf die Frage des Haftungsausschlusses an, dann ist dies in der Tat der entscheidende Gesichtspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit und Wirkungen der Haftungsausschlußklauseln nach dem Recht, dem der Vertrag untersteht.

4. Drittwirkung des Haftungsausschlusses?

Wegen der praktischen Bedeutung dieses Problems soll hier noch etwas näher darauf eingegangen werden. Die Frage stellt sich immer dann, wenn der Geschädigte nicht Vertragspartner des Schädigers ist, sondern außerhalb dieser besonderen schuldrechtlichen Beziehung steht. Eine englische Entscheidung¹⁵⁶ aus jüngster Zeit vermag dies am besten zu verdeutlichen. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

155 N. J. 1955 Nr. 615.

156 *Midland Silicones, Ltd. v. Scrutton, Ltd.* (1959) 2 All E. R. 289 (Q. B. D.) per Diplock, J. Bestätigt vom Court of appeal (1960) 2 All E. R. 737 und vom House of Lords (1962) 1 All E. R. 1-25, Lord Denning dissenting (S. 15-22).

Die Kläger hatten von einer amerikanischen Firma Chemikalien gekauft, die in einer Tonne verpackt auf ein amerikanisches Schiff verladen wurden. Der Verkäufer schloß mit einer amerikanischen Reederei den Frachtvertrag ab. In diesem Vertrag hatte die Reederei ihre vertragliche Haftung auf 500 Dollar beschränkt. Bei der Löschung der Ladung, die durch eine englische Entladefirma im Auftrag der Reederei vorgenommen wurde, ließen die Angestellten der Entladefirma die Tonne fallen. Hierdurch wurden die darin enthaltenen Chemikalien unbrauchbar. Der Schaden belief sich auf 593 engl. Pfund. Diesen Schaden machten die Kläger gegen die Entladefirma geltend. Hiergegen wandte diese ein, daß die Enthaltungsklausel auch zu ihren Gunsten wirke, denn der Frachtvertrag sei insoweit als ein Vertrag zugunsten Dritter aufzufassen.

Diesen Einwand wies Diplock, J. jedoch zurück und führte aus:

„... that the defendants cannot limit their liability to the plaintiffs in tort by relying on a contract between the plaintiffs and a third party to which they were not parties, and for which they gave no consideration to the plaintiffs.“¹⁵⁷ Diplock nimmt wohl an, daß ein „English contract“ vorliegt, so daß die vertraglichen wie die deliktischen Beziehungen dem englischen Recht zu unterstellen wären. Dies ist aber keineswegs sicher. Doch gingen weder der Court of appeal noch das House of Lords auf diese Frage ein. Die bill of lading enthielt allerdings eine Verweisung auf den amerikanischen Cogsä, was dafür sprechen könnte, daß der Frachtvertrag dem amerikanischen Recht (genauer dem Recht des betreffenden Einzelstaates) unterstehen sollte. Es wird also hier genau das umgekehrte Problem, wie es seither behandelt wurde, aufgeworfen, ob sich nämlich der auf Grund unerlaubter Handlung in Anspruch Genommene auf die aus einem fremden Vertrag, der auch noch einer anderen Rechtsordnung unterliegt, sich ergebende Freizeichnung berufen kann. Wie im übrigen die Frage nach deutschem Recht zu lösen wäre, in dem eine Bezugnahme auf die fehlende consideration nicht möglich ist, erscheint zweifelhaft, braucht aber hier nicht erörtert zu werden.

Nimmt man an, daß der Vertrag „amerikanischem“ Recht unterstand, dann wurde ohne weiteres unterstellt, daß der in ihm enthaltene Haftungsausschluß auch für den Deliktsanspruch Wirkung besitzt, der nach englischem Recht zu beurteilen ist, d. h. daß auch dann das Vertragsstatut für diese Haftungsfrage entscheidend sein kann, wenn eine Anspruchskonkurrenz im eigentlichen Sinn nicht vorhanden ist.

Auf der gleichen Linie liegt insoweit Adler v. Dickson and another¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Hierbei stützt sich Judge Diplock auf den englischen leading case für den Fall des contract to the benefit of a third des House of Lords, nämlich Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. Selfridge & Co., Ltd. (1915) A. C. 847.

¹⁵⁸ (1954) 3 All E. R. 21 per Diplock, J. — bestätigt durch den Court of appeal (1954) 3 All E. R. 397.

Hier verlangte der Kläger von zwei Schiffsoffizieren eines englischen Fahrgastschiffes Schadensersatz aus unerlaubter Handlung. Als nämlich das Schiff im Hafen von Triest lag, ging der Kläger an Land; bei seiner Rückkehr an Bord des Schiffes setzte sich, als er gerade die Gangway betreten hatte, diese in Bewegung, worauf er auf den Pier fiel und sich verletzte. Die Reederei hatte sich für derartige Vorkommnisse von eigener negligence wie auch für jegliches Verschulden ihrer Leute freigezeichnet. Der Kläger ging daher gegen die Offiziere vor, da seine Klage allenfalls insoweit durchdringen konnte.

Lord Denning¹⁵⁹ sah sich denn auch gezwungen der Klage stattzugeben bzw. die Berufung der Beklagten zu verwerfen. Über die international-privatrechtliche Seite des Falles finden sich indes in der Entscheidung keine Hinweise. Vom Standpunkt des englischen Gerichts aus war dies nicht weiter verwunderlich, da der Vertrag ohnehin nach englischem Recht beurteilt wurde und nach der englischen Auffassung im Prinzip auf die Deliktshaftung gleichfalls englisches Recht anzuwenden war, was bei einem anderen Forum jedoch nicht so gewesen wäre. Da sich der Unfall auf italienischem Territorium ereignete, wäre — mit deutschen Augen betrachtet — der erhobene Anspruch nach italienischem Recht zu prüfen gewesen, es sei denn, man wollte hier dem gemeinsamen Heimatrecht den Vorrang einräumen. Tut man dies nicht, dann ist nach dem Vertragstatut zu untersuchen, ob die Freizeichnungsklausel auch zugunsten des Angestellten ausgelegt werden kann. Nach der hier vertretenen Meinung ist das Deliktsstatut nicht weiter in Erwägung zu ziehen.

Abschließend seien noch zwei Urteile der Cour de cassation¹⁶⁰ erwähnt¹⁶¹.

Beide Male klagten die Hinterbliebenen eines bei einem Schiffsuntergang ums Leben gekommenen Passagiers. Im ersten Fall ging das Schiff auf hoher See auf der Fahrt von Algier nach Marseille unter, im zweiten Fall in den Territorialgewässern des Libanon¹⁶². In den jeweiligen Beförderungsverträgen hatten sich die betreffenden Schiffsgesellschaften von ihrer Haftung gegenüber dem Passagier freigezeichnet.

Die Cour de cassation war hierbei der Ansicht, daß die Klagen auf einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gestützt werden konnten. Die erste Entscheidung enthält allerdings überhaupt keinen Hinweis darauf, ob die Anwendung des französischen Rechts fraglich sein könne, obwohl das Schiff auf hoher See unterging. In der zweiten Entscheidung wandte die Cour lediglich aus prozessualen Gründen

159 (1954) 3 All E. R. 397, 402.

160 Cass., 19. 6. 1951 — D. 1951, 717 m. N. v. Ripert = S. 1952.1.89 m. N. v. Nerson; Cass., 23. 1. 1959 — S. 1959, 103 = D. 1959, 101 m. N. v. Savatier.

161 Die mehrfach zitierte Entscheidung des H. R. („De Ooievaar“) gehört auch hierher.

162 Der Kassationshof wandte deshalb französisches Recht an, weil der Einwand, daß ausländisches Recht angewandt werden müsse, verspätet sei.

französisches Recht an. Deliktsstatut war hier libanesisches Recht, Vertragsstatut anscheinend das französische Recht, jedenfalls wurde es angewandt¹⁶³. Auch wenn libanesisches Recht zur Anwendung gekommen wäre, hätte dies auf die Wirkung der Enthaftungsklausel keinen Einfluß gehabt, da sie nach dem Vertragsstatut zu beurteilen war. Sie umfaßte aber nur solche Ansprüche, die zwischen den Vertragspartnern bestanden. Würde man der künstlichen Konstruktion der *stipulation pour autrui* folgen, die die Cour auch in derartigen Fällen annimmt, dann müßte man allerdings darauf abstellen, welchen Anspruch nun die Hinterbliebenen geltend machen. Würden sie den vertraglichen Anspruch wählen, so könnte ihnen der vom getöteten Passagier vereinbarte Haftungsausschluß entgegengehalten werden, weil sie eben nur aus abgeleitetem Recht vorgehen würden. Anders ist die Sachlage, wenn sie aus eigenem Recht klagen, somit den deliktischen Anspruch geltend machen. In diesem Fall hat nur das Deliktsstatut zu entscheiden.

Die durch die Entscheidung *Midland Silicones, Ltd. v. Scrutton, Ltd.* allgemein aufgeworfene Frage geht dahin, ob auch für Erfüllungsgehilfen der dem Geschäftsherrn zugute kommende Haftungsausschluß wirkt, so daß sie sich ebenfalls auf ihn berufen können; das durch die „*De Ooievaar*“-Entscheidung des Hoge Raad und das durch die Cour de cassation angesprochene Problem lautet, ob gegenüber den Hinterbliebenen der durch den Verstorbenen vereinbarte Haftungsausschluß irgendwelche Wirkungen hat. Es geht also darum, ob dritten Personen nur vertragliche oder deliktsrechtliche Befugnisse oder beide nebeneinander zuerkannt werden. Davon hängt dann auch die Beantwortung der Frage des Haftungsausschlusses ab. Wie die aufgeführten Beispiele zur Genüge kenntlich machen, können bei Auslandssachverhalten auf die einzelnen Ansprüche verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. Wir werden später noch einmal auf den hier angeschnittenen Fragenkreis zu sprechen kommen.

163 Nach der Rechtsprechung der Cour de cassation (die beiden Urteile sind hierfür Belege) haben die Hinterbliebenen gegen den Vertragspartner des Getöteten auch einen vertraglichen Anspruch; denn der Personenbeförderungsvertrag enthalte eine „*stipulation pour autrui*“ (also für die Hinterbliebenen). Dies mag bei einem Transportvertrag über Waren für den Empfänger eine nützliche Konstruktion sein, bei einem Personenbeförderungsvertrag ist diese Lösung jedoch befremdend. Doch können die Erben auf diese „*stipulation pour autrui*“ verzichten, sie können dann den Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend machen und somit die Enthaftungsklausel „umgehen“. Mazeaud-Tunc, vol. I Nr. 141 (S. 175) führen hierzu treffend aus: „La solution actuelle n'en apparait pas moins paradoxale, en ce qu'elle donne à l'ayant cause agissant en son nom propre une possibilité d'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, qui est légitimement refusée à la victime elle-même lorsqu'elle est simplement blessée. Le paradoxe ne prendrait fin que si la jurisprudence abandonnait la construction artificielle de la stipulation pour autrui.“ Vgl. auch Dekkers, *Recours des héritiers d'un voyageur, mortellement accidenté, contre le transporteur*, Rev. crit. jur. belge 1951, 26 (30 ff.).

III. Die Einbeziehung Dritter in das Schuldverhältnis

Vielfach sind die rechtlichen Wirkungen einer unerlaubten Handlung nicht allein auf zwei Personen, nämlich den Schädiger und den Geschädigten, beschränkt, sondern sie erstrecken sich — aus welchen Gründen auch immer — oft auf eine weitere Person. Solche Fälle finden sich insbesondere im Versicherungsrecht, wo entweder der Rückgriff des Versicherers in Frage steht oder dem Verletzten das Recht eingeräumt wird, unmittelbar gegen den Versicherer des Schädigers vorgehen zu können. Aber auch in anderem Zusammenhang treten Drittverhältnisse auf. Einige dieser Problemkreise sollen im folgenden etwas näher untersucht werden.

1. Klagemöglichkeit gegen den Versicherer des Schädigers

a) Die action directe (direct action, Direktklage)

Der sachliche Anwendungsbereich der action directe liegt auf dem Gebiet der Haftpflichtversicherung. Hier interessiert nur der für das IPR praktisch bedeutsamste Fall, nämlich die Rechtslage beim Kraftfahrzeugunfall. Als Rechtsgrundlage ist hierbei für das französische Recht auf Art. 53 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 13. 7. 1930 zu verweisen¹⁶⁴. Im übrigen ist zu bedenken, daß die action directe nicht nur auf die obligatorische Haftpflichtversicherung beschränkt ist¹⁶⁵, sondern für den gesamten Bereich der Haftpflichtversicherung gilt.

Der zuerst von der französischen Rechtsprechung entwickelte Gedanke hat ein weltweites Echo gefunden. Beispielsweise haben ihn die Schweiz¹⁶⁶, Belgien¹⁶⁷ sowie einige Staaten der USA¹⁶⁸ übernommen, und die action directe hat jetzt auch, wie schon in Art. 6 des Annexes zum Benelux-Vertrag für die Benelux-Staaten vorgesehen wurde, infolge Art. 6 der dispositions annexées à la Convention européenne relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs vom 20. 4. 1959¹⁶⁹ i. V. m. dem Gesetz zur

164 Über die Entwicklung der action directe und deren Anwendung in anderen Fällen vgl. Wahl, Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe, Berlin und Leipzig 1935, vor allem S. 75 ff.

165 Seit 1959 hat auch Frankreich die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeuge eingeführt.

166 Art. 65 SVG (früher Art. 49 MFG).

167 Art. 6 des Gesetzes vom 1. 7. 1956.

168 Insbesondere Louisiana, dessen Recht ja stark vom französischen beeinflusst ist; ferner Wisconsin, Rhode Island und Arkansas, doch ist in diesen Staaten die direct action auf bestimmte Fälle beschränkt.

169 Skeptisch äußerte sich über die damals bevorstehende Einführung der action directe Möller: Ist die Einführung eines eigenen Rechts des Drittgeschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, insbesondere in der Kraftfahrhaftpflichtversicherung empfehlenswert? ZVersWiss 1963, 409 ff.

Änderung von Vorschriften über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter vom 5. 4. 1965¹⁷⁰ in Deutschland Einzug gehalten. Dadurch wird auch in Deutschland die Nahtstelle zwischen allgemeinem Haftungsrecht und Versicherungsrecht noch enger¹⁷¹.

Für uns lautet die Fragestellung: Nach welchem Recht bestimmt sich die *action directe* in einem Fall mit Auslandsberührung? Die *action directe* soll vor allem gewährleisten, daß das Opfer eines Verkehrsunfalls nicht eventuell deshalb leer ausgehen muß, weil der Schädiger bzw. der verantwortliche Halter des Kraftfahrzeuges zahlungsunfähig ist. Der Geschädigte erhält durch die *action directe* ein eigenes Recht auf die Versicherungsleistung. Zwischen dem Geschädigten und der Versicherung des Schädigers bzw. Halters wird somit durch Gesetz ein Rechtsverhältnis besonderer Art geschaffen¹⁷².

Der Zusammenhang mit dem zwischen dem Schädiger bzw. Halter und dem Versicherungsunternehmer abgeschlossenen Versicherungsvertrag ist nur rein äußerer Natur, weil eben dem Geschädigten durch das Gesetz kein vertraglicher, sondern ein direkt auf dem Gesetz beruhender Anspruch zugewiesen wird. Von Bedeutung ist dies dann, wenn der Versicherungsvertrag selbst mit Mängeln behaftet ist, oder dem Versicherer gegen den Versicherungsnehmer bestimmte Einreden zustehen. Derartige Einreden kann der Versicherer in der Regel dem Geschädigten gegenüber nicht erheben¹⁷³, sie können nur für den Regreß des Versicherers gegen den Versicherten von Bedeutung sein, z. B. wenn der Versicherer vertraglich zu einer geringeren Leistung verpflichtet war als er tatsächlich erbracht hat¹⁷⁴. Der Versicherer ist, wie Oftinger¹⁷⁵ sagt, ein „fingiertes Haftpflichtsubjekt“; der Geschädigte macht somit mit der *action directe* keinen Anspruch aus dem Versicherungsvertrag geltend, sondern einen gelegentlich des Versicherungsvertrages gewährten Anspruch aus dem Gesetz. Die Abhängigkeit der *action directe* vom Versicherungsvertrag bzw. deren Unabhängigkeit ist freilich nicht in allen Rechtsordnungen gleich ausgestaltet, worauf noch zurückzukommen sein wird. Wenn hier durch-

170 BGBl. I 213. Die *action directe* hat ihre rechtliche Grundlage in § 3 PflichtversG (n. F.).

171 Für das skandinavische Recht hat Ussing, *The Scandinavian law of torts — impact of insurance on tort law*, 1 AJCL 359 ff. (1952) dieses Phänomen mit Nachdruck herausgestellt („... I think that in tort law the most important problem of the near future is that of determining whether, or rather how, tort law will be influenced by the growth of insurance.“ aaO S. 363).

172 In der Direktklage sieht Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2. A., Bd. II 2, Zürich 1962, S. 741 eine „organische Ergänzung der obligatorischen Haftpflichtversicherung“. Daß die *action directe* im französischen Recht nicht bloß bei der Pflichtversicherung möglich ist, wurde bereits bemerkt. Insoweit unterscheiden sich demnach französisches und schweizerisches Recht.

173 Vgl. Art. 65 Abs. 2 SVG.

174 Vgl. Art. 65 Abs. 3 SVG.

175 AaO S. 744.

weg der Begriff action gebraucht wird, so muß man sich jedoch vor Augen halten, daß das Wort action im Sinne von Anspruch verwendet wird¹⁷⁶; der Terminus action hat sich eben in der Praxis durchgesetzt, er stammt aus der im französischen Recht verbreiteten aktionenrechtlichen Betrachtungsweise, die seit Windscheid in Deutschland nicht mehr üblich ist.

Welchem Recht ist nun die action directe zu entnehmen? Bisher ist die Frage nur im französischen, schweizerischen und amerikanischen¹⁷⁷ Rechtskreis von Literatur und Rechtsprechung behandelt worden¹⁷⁸. Es werden genauso viele Meinungen vertreten als Anknüpfungsmöglichkeiten bestehen. Für die weiteren Ausführungen unterstellen wir, daß sich der Unfall in einem Lande ereignet, in dem die action directe dem Geschädigten zugebilligt wird, also etwa in Frankreich oder der Schweiz. Verursacht demnach ein Österreicher in der Schweiz oder in Frankreich mit seinem PKW einen Unfall, dann kommen folgende Rechte für die Zubilligung der action directe in Betracht: Das Recht des Unfallortes (schweizerisches bzw. französisches Recht), das österreichische Recht als Heimat- oder Wohnsitzrecht des Verpflichteten oder eine dritte Rechtsordnung, der etwa der Versicherungsvertrag untersteht, die jedoch in der Regel mit dem Heimat- bzw. Wohnsitzrecht identisch sein wird. Nach österreichischem Recht ist bis jetzt eine action directe gegen den Versicherer des Schädigers nicht möglich¹⁷⁹, wohl aber nach französischem und schweizerischem Recht. Beurteilt man die Zulässigkeit der action directe nach dem

176 Keinesfalls handelt es sich hierbei um die azione (Klagerecht) im Sinne Chiovendas, die neben den materiell-rechtlichen Anspruch tritt.

177 Hancock, Torts in the conflict of laws, S. 239-244; Lenhoff, Die spezifisch grenzrechtlichen Probleme im neueren amerikanischen Versicherungsrecht, in: Internationales Versicherungsrecht, Festschr. f. A. Ehrenzweig, Karlsruhe 1955, S. 153 (166 ff.); ders., Probleme des zwischenstaatlichen Versicherungsrechtes in amerikanischer Sicht, VersArch 1955, 267 (283 f.); Note: Foreign application of Louisiana's direct action statute: two views, 57 Col. L. Rev. 256 ff. (1957); Note: Direct action statutes: their operational and conflict of laws problems, 74 Harv. L. Rev. 357 ff. (1960-61).

178 Von deutscher Seite aus haben soweit ersichtlich zuerst Basedow, Le droit international privé des assurances, Paris 1939, S. 141 ff. und Prölss, Internationalrechtliche Aspekte der Kraftfahr-Haftpflichtversicherung, H. 28/29 der Schriftenreihe der Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe 1957, S. 14 dieses Problem angeschnitten. Andeutungen finden sich bei Stiefel-Wussow, Kraftfahrversicherung, 5. A., München und Berlin 1962, § 2 AKB Anm. 8 und Möller aaO S. 439, 441, 463. Ausführlicher jetzt Beemelmans, Das Statut der cessio legis, der action directe und der action oblique, RabelsZ 29 (1965) 511 (535-542). Vgl. ferner noch rechtsvergleichend Bott, Der Schutz des Unfallgeschädigten durch die Kraftfahrzeug-Pflichtversicherung rechtsvergleichend nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Recht, Karlsruhe 1964 sowie Müller-Stüler, Der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer, Karlsruhe 1966, S. 49 f., 128 f., 153.

179 Über § 158 c österr. VVG, dem vor der Änderung des deutschen Pflichtversicherungsgesetzes der gleichlautende § 158 c des deutschen VVG zur Seite stand, unter b.

Recht des Versicherungsvertrags^{180, 181}, also hier nach österreichischem Recht, dann ist die Antwort negativ. Der Geschädigte kann nicht im Wege der *action directe* gegen die Versicherungsgesellschaft vorgehen. Eine derartige Betrachtungsweise ist aber nur dann annehmbar, wenn die *action directe* als vertraglicher Anspruch zu begreifen wäre, was allenfalls dann möglich wäre, wenn man den Haftpflichtversicherungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter ansehen würde. Dies scheitert aber schon deshalb, weil die *action directe* nicht im Versicherungsvertrag ihre Begründung findet, sondern im Gesetz. Auch ist es heute seit der Entscheidung der *Cour de cassation* vom 24. 2. 1936¹⁸² in Rechtsprechung¹⁸³ und Literatur¹⁸⁴ gefestigte Mei-

180 Diese Ansicht ist vor allem früher für das französische Recht vertreten worden. Aus der Literatur: Niboyet, Note in *Revue* 1931, 294 (298); ders., Note in *Revue* 1931, 670 (672) (später hat Niboyet, *Traité*, vol. V Nr. 1437 (S. 173) seine Ansicht revidiert); Lalou, Note D. 1930.2.85 f. Aus der Rechtsprechung: *Cour d'appel de Rouen*, 8. 1. 1930 — *Revue* 1931, 292; *Trib. civ. de la Seine*, 2. 7. 1931 — *Clunet* 1933, 622.

181 Lalou (s. oben Anm. 180) war der Meinung, daß die *action directe* ein „privilege“ des Geschädigten am vertraglichen Anspruch des Versicherungsnehmers sei und daher nach dem Recht zu beurteilen sei, das auf den Versicherungsvertrag Anwendung finde. In die gleiche Richtung geht die Anwendung der Rechtsfigur der *action oblique* (Art. 1166 C. c.) auf die *action directe*. Danach würde es sich nur um eine Ausübung der Rechte des Schuldners (Schädigers) handeln, was aber, wie gesagt, hier nicht der Fall ist, denn der Geschädigte macht ja ein eigenes Recht geltend.

182 D. H. 1936, 209 m. N. v. Savatier (D. 1939.1.49).

183 Die *Cour de cassation* hat ihre Entscheidung noch mehrere Male bestätigt: *Cass.*, 25. 6. 1945 — D. 1946, 51 m. anonym. N.; 13. 7. 1948 — D. 1948, 433 m. N. v. P. L.-P. (Lerebours-Pigeonnière). Aus der Rechtsprechung der anderen Gerichte: *Trib. de Chinon*, 27. 7. 1931 — S. 1932.2.153 m. N. v. Guyot und Niboyet, *Revue* 1931, 670; *Cour d'appel d'Orléans*, 28. 12. 1932 — *Revue* 1933, 340 m. N. v. Niboyet; *Trib. de Lille*, 6. 3. 1933 — *Clunet* 1934, 334; *Cour d'appel de Lyon*, 25. 7. 1933 — *Clunet* 1934, 880; *Trib. de Saintes*, 3. 10. 1933 — *Clunet* 1935, 69; *Trib. de comm. de Dunkerque*, 19. 3. 1934 — *Clunet* 1935, 334 = *Giur. comp. d. i. p. II*, 167 m. N. v. Lorenz; *Cour d'appel de Douai*, 4. 7. 1934 — *Clunet* 1936, 142; *Cour d'appel de Douai*, 21. 6. 1955 — *Rev. crit.* 1956, 71 m. N. v. Loussouarn; *Cour d'appel de Paris*, 16. 3. 1960 — *Rev. crit.* 1961, 347 mit sehr ausführlicher Note von Deprez (aaO S. 351—366), die eine Bestandsaufnahme des gesamten Problemkreises darstellt.

184 Perroud, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, 21, 28 f.; Guyot S. 1932.2.153 f.; Savatier D. 1936.1.49, 51; ders., *Traité de la responsabilité civile*, Paris 1951, vol. II Nr. 764 (S. 357); Lerebours-Pigeonnière D. 1948, 433; Niboyet, *Traité*, vol. V Nr. 1437 (S. 174); Batiffol, *Traité* Nr. 621 (S. 673 f.); Dayant, *Juris-Classeur de Droit international*, vol. IV Fasc. 553 Nr. 79; Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, S. 268; Vander Elst, *Les lois de police et de sûreté*, vol. II, S. 247; Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2700 (S. 934); aus der versicherungsrechtlichen Literatur: Picard-Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, Paris 1950, Nr. 368 (S. 529); Godart/Perraud-Charmentier, *Codes des assurances*, Paris 1947, Nr. 929 (S. 496), *Supplément* (1957) S. 53; Sicot-Margeat, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, Paris 1962, S. 288. Arminjon, *Précis de droit i. p. comm.*, Nr. 291 (S. 484) ist anderer Ansicht.

nung, daß die action directe dem Geschädigten einen vom Versicherungsvertrag unabhängigen Anspruch gegen den Versicherer des Schädigers zubilligt, der sich nicht nach der Rechtsordnung beurteilt, die auf den Versicherungsvertrag anzuwenden ist, sondern dessen Statut selbständig zu bestimmen ist.

Zweifelhaft ist aber nach wie vor, weshalb die action directe sich nach der Rechtsordnung des Begehungsortes richtet. Hier vermißt man in den Entscheidungen der französischen Gerichte weitgehend eine klare Linie. So wird teilweise die Anwendung des französischen Rechts auf die sog. lois de police et de sûreté¹⁸⁵ gegründet, teils stützt man sich auf das allgemeine und daher wenig tragfähige Argument des ordre public¹⁸⁶, wobei die romanische Unterscheidung zwischen dem ordre public interne und dem ordre public international entweder verwischt oder gar vermengt wird¹⁸⁷. Mit Sicherheit ist die Meinung der Cour d'appel de Paris¹⁸⁸ als unrichtig abzulehnen, da sie den ordre public interne mit dem ordre public international verwechselt, ein Grund mehr diese gefährliche Unterscheidung nicht zu gebrauchen¹⁸⁹. Bleiben noch die Kategorie der lois de police et de sûreté¹⁹⁰ und die lois d'ordre public. Beide sagen im Grunde das gleiche, daß nämlich gewisse französische Gesetze und Vorschriften für alle diejenigen verbindlich sind, die sich in Frankreich aufhalten; gemeint sind dabei Normen zwingenden Charakters. Daraus läßt sich auch ableiten, daß die Zulässigkeit der action directe nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann, ein solcher Ausschluß hätte ohnehin gegenüber dem Dritten keine Wirkung.

Vom französischen Forum aus betrachtet wird also die action directe bei allen Unfällen angewandt bzw. ist sie anwendbar, die sich auf französischem Territorium ereignen, gleichgültig welchem Recht der Versicherungsvertrag untersteht. Damit ist aber die Frage selbst, welchem Rechtsbereich die action directe zuzurechnen ist, noch nicht beantwortet, ob sie somit eine Rechtsfolge ist, die gelegentlich einer

185 Cour d'appel de Lyon, 25. 7. 1933 — Clunet 1934, 880; Trib. de Saintes, 3. 10. 1933 — Clunet 1935, 69; Trib. de comm. de Dunkerque, 19. 3. 1934 — Clunet 1935, 334; Cour d'appel de Douai, 4. 7. 1934 — Clunet 1936, 142.

186 Die in Anm. 185 (oben) genannten Entscheidungen sprechen zugleich auch immer von loi d'ordre public. Nur der ordre public wird in folgenden Urteilen erwähnt: Trib. de Chinon, 27. 7. 1931 — S. 1932.2.153; Cour d'appel d'Orléans, 28. 12. 1932 — Revue 1933, 340; Cass., 24. 2. 1936 — D. H. 1936, 209.

187 So Cour d'appel de Paris, 16. 3. 1960 — Rev. crit. 1961, 347, wo gesagt wird, daß „... cette action directe est d'ordre public au regard des règles du droit international privé ...“ (aaO S. 349).

188 Siehe oben Anm. 187

189 Ebenso Deprez aaO S. 357.

190 Vgl. Art. 3 Abs. 1 C. c., der vielen Rechten, die sich an das französische anlehnen, zum Vorbild gedient hat, so z. B. die deutsche Übersetzung in Satz 3 des Badischen Landrechts von 1809 (abgedruckt bei Niemeyer, Positives Internationales Privatrecht — Das in Deutschland geltende Internationale Privatrecht, Leipzig 1894, S. 15).

unerlaubten Handlung dem Geschädigten zugebilligt werden kann oder ob sie eine „sanction supplémentaire“¹⁹¹ des Delikts ist. Die Rechtsprechung gibt hierauf keine klare Antwort. Allein die Cour de cassation hat in ihrer Entscheidung vom 13. 7. 1948¹⁹² sich mit diesem Problem befaßt und festgestellt: „Attendu . . . qu'elle est liée à la sanction des délits commis sur notre territoire.“ Daraus läßt sich aber nicht entnehmen, wie die Cour de cassation das Verhältnis Deliktsrecht — action directe sieht, ob also die action directe eine selbständige Nebenfolge gelegentlich einer unerlaubten Handlung darstellt oder ob sie integrierender Bestandteil der sich aus ihr ergebenden Rechtsfolge ist. Die Tatsache allein, daß die action directe immer dann gewährt wird, wenn die unerlaubte Handlung in Frankreich begangen worden ist, weist noch keineswegs schlüssig darauf hin, daß es sich um eine Rechtsfolge der unerlaubten Handlung selbst handelt; an und für sich kommt die action directe ja als besondere Rechtsfolge erst hinzu. Für eine Rechtsfolge der unerlaubten Handlung spricht, daß das Schuldstatut, also das Recht des Begehungsortes, grundsätzlich bestimmt, welches der Kreis der anspruchsberechtigten Personen ist. Die Streitfrage kann jedoch deshalb auf sich beruhen, wenn beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis führen. Da die action directe ein zwingender Satz des französischen Schuldrechts ist, ist es durchaus möglich, daß sie u. U. abweichend vom Deliktsstatut anknüpft werden könnte, sofern die Regelung der action directe einen derartigen Sachverhalt ergreifen will. Nach der oben dargelegten Rechtsprechung will das Gesetz alle unerlaubten Handlungen, die sich in Frankreich ereignen, erfassen. Eine gesonderte Anknüpfung der action directe würde aber jedoch nur dann erfolgen können, wenn Sachverhalte, die auf französischem Territorium spielen, nicht vom französischen Recht geregelt werden¹⁹³. Dies wäre dann der Fall, wenn z. B. eine unerlaubte Handlung zwischen zwei Ausländern gleicher Staatsangehörigkeit in Frage stünde und ein französisches Gericht statt dem französischen Deliktsrecht das gemeinsame Heimatrecht der Parteien anwenden wollte. Eine solche Anknüpfung der unerlaubten Handlung würde indes ein französisches Gericht wohl nicht wählen, wenn ihm die Möglichkeit eröffnet ist, das materielle Recht der lex fori anzuwenden. Betrachtet man aber den Fall vom österreichischen Forum aus, so stellt sich die Sachlage gleich anders dar. Würde ein österreichisches Gericht, falls es sich um zwei österreichische Staatsangehörige handelte, wie wahrscheinlich ein deutsches sein eigenes mate-

191 So Niboyet, *Traité*, vol. V Nr. 1437 (S. 174).

192 D. 1948, 433.

193 Dadurch, daß man die action directe gesondert anknüpft, ergibt sich auf keinen Fall, wie Deprez (aaO S. 359) meint, daß sie damit auch auf Auslandsschäden anwendbar wird. Die Auffassung Deprez' beruht auf einer Verkennung des Geltungswillens der Vorschriften über die action directe. Ihr liegt auch die einseitige Betrachtungsweise vom französischen Forum aus zugrunde.

rielles Recht auf die Tat anwenden, so ist zu fragen, ob dadurch auch dem Verletzten die Möglichkeit genommen werden kann, eine action directe gegen den Versicherer des österreichischen Schädigers erheben zu können¹⁹⁴. Nach unserer Auffassung ist dies nicht zulässig, denn der Geltungswille der zwingenden Vorschriften über die action directe muß nach den Grundsätzen über die Anwendung des zwingenden Schuldrechts¹⁹⁵ auch vom österreichischen Forum respektiert werden, ein Verstoß gegen den österreichischen ordre public liegt darin nicht. Es ergibt sich daher insoweit eine vom Schuldstatut unabhängige Anknüpfung der action directe. Der österreichische Geschädigte kann demnach auch in Österreich gegen den Versicherer des österreichischen Schädigers mit der action directe vorgehen, in dieser Hinsicht kommt letzterer also „extraterritoriale“ Wirkung zu. Besser wäre es freilich, überhaupt bei Sachverhalten dieser Art von der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts abzusehen. Der Geschädigte kann also nicht bloß auf die weniger durchgreifende Regelung des § 158 c VVG verwiesen werden¹⁹⁶. Obwohl die action directe nur „à l'occasion du contrat“¹⁹⁷ entsteht, ist sie andererseits doch allein dann möglich, soweit überhaupt ein Versicherungsvertrag abgeschlossen worden ist. Aus den früheren Ausführungen ergibt sich, daß es gleichgültig ist, ob der Vertrag dem Recht der lex loci delicti commissi untersteht oder einer anderen Rechtsordnung. Die Interdependenz zwischen Versicherungsvertrag und action directe besteht aber im französischen Recht nur insofern, als der Umfang des Anspruchs des Verletzten gegen den Versicherer vom Versicherungsvertrag abhängig gemacht wird¹⁹⁸. Jedoch richtet sich die Verjährung der action directe nach französischem Recht¹⁹⁹, was in gewissem Widerspruch zu der Tatsache steht, daß der Umfang der Forderung vom Versicherungsvertrag abhängt. Denn die Verjährung ist auch nach französischer Auffassung eine Frage des materiellen Rechts und daher des Umfangs des Anspruchs in dessen zeitlicher Dimension. Sie müßte daher auch folgerichtig nach dem Recht beurteilt werden, welches auf den Versicherungsvertrag anwendbar ist.

Zwar hat die französische Rechtsprechung bisher nur Fälle entschieden, in denen der Geschädigte in keinerlei vertraglichen Beziehungen

194 Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 24, meint allerdings, daß mit der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts alle internationalrechtlichen Fragen ausgeschaltet seien.

195 Wie sie insbesondere von Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, ZvglRW 54 (1941) 168 ff., entwickelt worden sind.

196 Nur letzteres käme wohl nach der Auffassung von Prölss zum Zuge.

197 Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, Nr. 469.

198 Trib. de comm. de Dunkerque, 19. 3. 1934 — Clunet 1935, 334; Cass., 24. 2. 1936 — D. H. 1936, 209; Cass., 25. 6. 1945 — D. 1946, 51; Cour d'appel de Douai, 21. 6. 1955 — Rev. crit. 1956, 71.

199 Ausdrücklich Cass., 25. 6. 1945 — D. 1946, 51; Cour d'appel de Douai, 21. 6. 1955 — Rev. crit. 1956, 71.

zum Schädiger stand, doch ist die *action directe* nicht allein auf deliktische Sachverhalte beschränkt, sondern kann auch bei einer Haftung wegen Vertragsverletzung anwendbar sein²⁰⁰, also z. B. dann, wenn bei einem Transport in Frankreich eine Sache oder eine Person zu Schaden kommt²⁰¹. Keine Rolle spielt es, wenn sowohl der Versicherungsvertrag als auch der Transportvertrag von einem anderen Recht als dem französischen beherrscht werden. Die Auffassung der *action directe* als eines Instituts des zwingenden Schuldrechts führt hier dazu, daß auch in solchen Fällen dem Anspruchsberechtigten die *action directe* zugestanden werden muß. Auf der anderen Seite gestattet diese Lösung nicht, auch bei Auslandssachverhalten (vom französischen Recht her gesehen) die *action directe* anzuwenden, da die *action directe* insoweit nur Geltung für Frankreich beanspruchen kann^{202, 203}.

Die seitherigen Ausführungen gingen davon aus, daß es sich bei der Versicherung des Schädigers um eine freiwillige Versicherung handelte. Seit 1959 kennt aber auch Frankreich die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge²⁰⁴; in der Schweiz ist die *action directe* ohnehin nur für diesen Bereich der Haftpflichtversicherung eingeräumt worden (Art. 65 SVG)²⁰⁵. Bei den oben angeführten Entscheidungen gingen die Gerichte stets davon aus, daß die vom Schädiger abgeschlossene Versicherung auch den Schaden decke, der in Frankreich eintrat. Da außer Italien fast alle bedeutenden westeuro-

200 Dabei ist es gleichgültig, ob man eine etwaige Anspruchskonkurrenz bejaht, wenn die Vertragsverletzung zugleich ein Delikt darstellt. Die französische Rechtsprechung tendiert, wie bereits erwähnt, dahin, nur einen vertraglichen Anspruch anzunehmen.

201 Picard-Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, Nr. 368 (S. 530 f.).

202 Dies übersehen Picard-Besson (aaO), wenn sie die *action directe* immer dann zulassen wollen, wenn der Versicherungsvertrag dem französischen Recht unterliegt.

203 Die Anknüpfung der *action directe* als zwingendes Schuldrecht hat wohl auch Loussouarn (Note in *Rev.crit.* 1956, 74, 77) im Auge, wenn er von einem „*rattachement fondé sur l'idée de police et de sûreté*“ spricht. Freilich nimmt er im Endergebnis davon Abstand und schließt sich der traditionellen Lösung an (aaO S. 78).

204 Grundlage ist das Gesetz Nr. 28 — 1958 vom 27. 2. 1958 (S. 1958 Lois 103). Für ausländische Fahrzeuge genügt die grüne Versicherungskarte, Art. 31 des Décret Nr. 59 — 135 vom 7. 1. 1959 (S. 1959 Lois 278) oder eine Grenzversicherung („*assurance frontière*“), Art. 32 des genannten Décret. Die näheren Bestimmungen über die *assurance frontière* finden sich in dem Décret Nr. 59-428 vom 14. 3. 1959 (S. 1959 Lois 449). — Die Schweiz besitzt neben der grünen Karte und der Grenzversicherung noch ein drittes System, nämlich das der subsidiären Dekung, das dann praktisch wird, wenn die beiden anderen Systeme nicht anwendbar sind. Über dessen international-privatrechtliche Seite Keller in Roelli-Jaeger, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. IV: Das internationale Versicherungsvertragsrecht der Schweiz, 2. A., Bern 1962, S. 133 ff.

205 Früher Art. 49 MFG.

päischen Länder für Kraftfahrzeuge die Pflichthaftpflichtversicherung eingeführt haben, ist es notwendig zu wissen, welche Rolle hierbei noch der *action directe* zukommt; denn dem Versicherungszwang unterliegt auch der einreisende ausländische Kraftfahrer, der ja in sein Reise- oder Transitland gar nicht eingelassen wird, falls er eine gerade für dieses Land gültige Haftpflichtversicherung nicht vorweisen kann. Welche Versicherung hierfür genügt, ist eine unterschiedlich zu beantwortende Frage²⁰⁶. Auf keinen Fall ist es möglich, daß sich der Ausländer der zwingenden Mindestdeckung seines Besuchslandes entziehen kann, unabhängig davon, von welchem Recht der Versicherungsvertrag im Einzelfall beherrscht wird, es sei denn, daß ausländische Kraftfahrzeuge eine Sonderbehandlung erfahren. Damit steht auch fest, daß die *action directe* in ihrem Umfang nicht mehr vom Versicherungsvertrag, also dessen Deckungssumme, abhängig ist, sondern von der gesetzlich festgelegten Mindestdeckung des Begehungsortes; vertraglich können natürlich durchaus höhere Deckungssummen vereinbart werden. Das Recht des Versicherungsvertrags ist nur dann von Bedeutung, wenn im Versicherungsvertrag eine höhere Deckungssumme vereinbart wurde als die durch das Recht des Unfallorts geforderte Mindestdeckung, denn jetzt kann der Geschädigte mit der *action directe* vom Versicherer des Schädigers auch den Schaden, der über die Mindestdeckungssumme hinausgeht, verlangen²⁰⁷. Diese Situation findet man vor allem in der Schweiz²⁰⁸ vor, in der die *action directe* auf die Fälle der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge beschränkt worden ist. Voraussetzung für ein Vorgehen gegen den betreffenden ausländischen Versicherer ist immer, daß der vom ausländischen Recht beherrschte Versicherungsvertrag Auslandsschäden mitumfaßt, wie es im allgemeinen auch zu sein pflegt²⁰⁹.

Ist bei einem Unfall, der sich etwa in der Schweiz²¹⁰ ereignet, ein Ausländer beteiligt, so fragt es sich, ob auf dem Gebiet der Automobilhaftpflichtversicherung das System der grünen Karte auch auf die *action directe* von Einfluß ist. Denn wer im Einzelfall verklagt werden soll, ist eine für den Geschädigten bedeutsame Frage. Klagt er nämlich von Anfang an gegen den Richtigen, so erspart er sich damit Ärger und Geld. Im ganzen läuft das Problem darauf hinaus, festzustellen, wer im konkreten Fall als Versicherer zu gelten hat,

206 Vgl. insbes. Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 10 ff.

207 Vgl. Oftinger aaO S. 816.

208 Nunmehr auch in Deutschland.

209 § 2 Abs. 1 AKB: „Die Versicherung gilt für Europa“; vgl. ferner Art. 4 der schweizerischen allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Kraftfahrversicherung vom 1. 1. 1960.

210 Auch Keller, Internationales Versicherungsvertragsrecht, S. 104 f., hält die Rechtsordnung des Begehungsortes bei der Zubilligung der *action directe* für die ausschlaggebende.

gegen wen also geklagt werden muß. Diese Frage wird heute nur in den Ländern bedeutsam, in denen auch die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge eingeführt worden ist; von den Ländern, die die *action directe* kennen, aber keine obligatorische Haftpflichtversicherung haben, war Frankreich das letzte Beispiel, das aber seit 1959 nicht mehr herangezogen werden kann; in Italien ist hingegen die *action directe* nicht bekannt²¹¹, aber auch nicht die obligatorische Haftpflichtversicherung.

Schließt der ausländische Kraftfahrer für sein Reiseland eine besondere Versicherung ab, etwa für Frankreich die „assurance frontière“, so untersteht eine solche Versicherung ohnehin dem französischen Versicherungsrecht²¹². Hier kann es keine Zweifel darüber geben, welcher Versicherer zu verklagen ist. Etwas anderes kann sich dann ergeben, wenn der ausländische Kraftfahrer mit der grünen Karte reist. Der grünen Karte liegt ein Versicherungsvertrag zugrunde, der meist von einem anderen Recht beherrscht wird als dem seines Reiselandes und den er meist mit einer Versicherungsgesellschaft seines Heimatlandes abgeschlossen hat²¹³. Die grüne Karte soll aber gewährleisten, daß der ausländische Kraftfahrer den Versicherungsbestimmungen seines Gastlandes Genüge tut. Dies wird dadurch erreicht, daß ein von den am Abkommen über die grüne Karte beteiligten Haftpflichtversicherungsverbänden näher bestimmtes Büro des Reiselandes die Verpflichtungen eines Haftpflichtversicherers für dieses Land übernimmt²¹⁴. Zwar entsteht damit kein Versicherungsverhältnis zwischen dem ausländischen Kraftfahrer und der Gesellschaft seines Gastlandes²¹⁵, doch führt dies dazu, daß der Geschädigte gegen eine andere Versicherungsgesellschaft als diejenige klagen muß, mit der der ausländische Kraftfahrer kontrahiert hat²¹⁶, soweit sich seine Klage im Rahmen der Deckungssumme hält, die das Pflichtversicherungsgesetz der *lex loci* vorschreibt. Verlangt der Verletzte jedoch mehr, dann tritt für die Restforderung wieder die normale Regelung auf den Plan,

211 Über die Anwendung des § 158 c VVG auf Unfälle in Italien wird gleich zu sprechen sein.

212 Bei der schweizerischen Ausländerversicherung also dem schweizerischen Recht.

213 Zumindest wird eine Versicherungsgesellschaft in jenem Land eine Niederlassung haben, wozu meist aufsichtsrechtliche Vorschriften zwingen. Zur Frage des Abschlusses von Versicherungsverträgen mit einer Zweigniederlassung einer ausländischen Versicherungsgesellschaft: Prölss, Das Statut der Zweigniederlassung im Internationalen Versicherungsrecht, *RabelsZ* 16 (1951) 203 ff.

214 Vgl. Nr. 1 der grünen Karte.

215 Prölss, *Internationalrechtliche Aspekte*, S. 17.

216 Ob die Veränderung des Vertragsinhaltes, z. B. hinsichtlich der Deckungssummen, nach den jeweiligen Vorschriften des Besuchslandes als Teilrechtswahl materiell-rechtlicher oder kollisionsrechtlicher Natur anzusehen ist, wie Prölss (aaO S. 19, 20) meint, kann indes füglich bezweifelt werden. Richtiger erscheint es, den Grund darin zu sehen, daß es sich um den Einfluß der zwingenden Vorschriften des jeweiligen Reiselandes handelt, die sich in den Vertrag einschieben.

d. h. daß insoweit auch der ausländische Versicherer belangt werden kann, falls der Versicherungsvertrag selbst eine höhere Deckungssumme vorsieht.

b) § 158 c österr. VVG und seine Anwendbarkeit auf
Auslandsunfälle sowie auf Unfälle von Ausländern
im österreichischen Inland

Solange in Österreich²¹⁷ die *action directe* des Geschädigten gegen den Versicherer des Schädigers noch nicht eingeführt ist, bleibt nach wie vor die Frage, ob dem Geschädigten nicht wenigstens § 158 c österr. VVG eröffnet ist. Nach § 158 c Abs. 1 österr. VVG²¹⁸ bleibt die Verpflichtung des Versicherers in Ansehung des Dritten bestehen, auch wenn er dem Versicherungsnehmer gegenüber von der Leistung ganz oder teilweise frei ist. Der Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers wird also als weiterbestehend fingiert²¹⁹. Dies hat zur Folge, daß nur der Dritte, somit der Geschädigte, diesen Anspruch geltend machen kann, nicht aber der Versicherungsnehmer. Trotzdem wird, wie § 158 c Abs. 5 VVG ausdrücklich bestimmt, für den Dritten keine *action directe* begründet, sondern dieser muß, falls der Versicherer nicht freiwillig zahlt, zuerst gegen den Schädiger vorgehen und kann dann erst den „fiktiven“ Befreiungsanspruch pfänden und sich überweisen lassen. Man sieht, daß diese Regelung nur sehr entfernt mit der *action directe* etwas zu tun hat. Der Geschädigte ist hier auf einen weit mühsameren Weg verwiesen als bei der Direktklage. Wie bei dieser spielt der Versicherungsvertrag insofern eine — wenn auch nicht die gleiche — Rolle, als die Haftung des Versicherers auf die Mindestversicherungssumme und die vertraglich übernommene Gefahr beschränkt ist²²⁰. § 158 c VVG wurde in das VVG anlässlich der Einführung des Haftpflichtversicherungszwangs für Kraftfahrzeuge am 7. 11. 1939 eingefügt. Der Zweck ist also der gleiche wie bei der *action directe* des Art. 65 SVG, nämlich für die Verkehrsoffer einen gewissen Schutz bereitzustellen und zu gewährleisten²²¹.

217 Für den Bereich der Kraftfahrhaftpflichtversicherung findet § 158 c deutsches VVG keine Anwendung mehr; an dessen Stelle ist § 3 PflichtversG (n.F.) getreten. Die in § 158 c VVG getroffene Regelung gilt direkt nur noch für andere Fälle einer Haftpflichtversicherung. Für diese bleiben die Ausführungen im Text (mit entsprechender Einschränkung wegen der andersartigen Sachlage) ebenfalls anwendbar.

218 Die gleiche Bestimmung war auch im deutschen VVG enthalten, das sich weitgehend mit dem österreichischen VVG deckt.

219 Prölss, VVG, § 158 c Anm. 1.

220 Was den Risikoausschluß angeht, so sind §§ 2 Abs. 3, 11 AKB maßgebend.

221 Vgl. Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 15. Ob damit, wie Prölss (aaO S. 13) meint, § 158 c VVG als „eine Funktion deliktischer Ansprüche“ anzusehen ist, ist noch nicht gesagt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist wie bei der *action directe* eine zwingende Vorschrift gegeben, die „neben“ den normalen Deliktsbestimmungen Anwendung finden soll, was freilich nicht ganz den Kern der Sache trifft.

aa) Auslandsunfälle — österreichischer Versicherungsvertrag

Im allgemeinen wird die Einbeziehung von Auslandsunfällen in § 158 c VVG abgelehnt²²². Der springende Punkt des Problems liegt in der Annahme der überwiegenden Meinung, daß § 158 c VVG auf das österreichische Territorium in seiner Wirkung beschränkt sei. Zu untersuchen ist daher vor allem, ob die genannte These²²³ zutrifft. Von Interesse dürfte ferner noch sein, inwieweit auch darauf abgestellt werden kann, ob die Rechtsordnung des Begehungsortes die obligatorische Haftpflichtversicherung vorschreibt oder keinen Versicherungszwang kennt²²⁴.

Nach § 158 b gilt § 158 c VVG nur für solche Haftpflichtversicherungen, zu deren Abschluß ein gesetzlicher Zwang besteht, also für die hier zu behandelnde obligatorische Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung. Daraus ergibt sich, daß § 158 c VVG nur soweit Geltung beanspruchen kann, als der Zwang zum Abschluß einer Pflichtversicherung reicht. Die Anordnung solchen Zwangs ist jeweils Sache des betreffenden Staates, in den ein Ausländer einreisen will. Verursacht demnach ein Österreicher mit seinem PKW in Frankreich einen Unfall, dann gelten die dortigen Bestimmungen über die obligatorische Haftpflichtversicherung und nicht die österreichischen, auch wenn der vom österreichischen Kraftfahrer bzw. Kraftfahrzeughalter abgeschlossene Versicherungsvertrag dem österreichischen Recht unterliegt; denn in diesen Vertrag „schieben“ sich die zwingenden Vorschriften des Gastlandes. Es gelten also bei einem Unfall in Frankreich die dortigen Deckungssummen und nicht die des österreichischen Rechts. In dem Augenblick, in dem der österreichische Kraftfahrer die Grenzen seines Heimatstaates überschreitet, hört auch die Versicherungspflicht nach dessen Recht auf. Fährt daher ein Österreicher nach Italien, dann unterliegt er mit der Überquerung der italienischen Grenze keiner Versicherungspflicht mehr. Der vom Schädiger z. B. in Österreich abgeschlossene Versicherungsvertrag, zu dessen Abschluß in Österreich ja eine gesetzliche Pflicht bestand, stellt sich für Italien als ein auf freiwilliger Basis beruhender Vertrag dar, weil der österreichische Abschlußzwang für Italien ohne Bedeutung ist.

222 Prölss, Die Versicherung der gesetzlichen Haftpflicht für Kraftfahrzeuge, Deutsche Landesreferate z. 3. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, Berlin und Tübingen 1950, S. 579 f.; ders., Internationalrechtliche Aspekte, S. 15; ders., VVG, § 158 c Anm. 11; Stiefel-Wussow, § 2 AKB Anm. 7; OLG Saarbrücken, 6. 6. 1956 — VersR 1957, 145 (Unfall in Frankreich). — Für Österreich: Fenzl, Rechtsfragen um einen Kraftfahrzeugunfall im Ausland, ZVR 1961, 99 (102); OGH, 7. 2. 1962 — ZVR 1962 Spruchbeilage Nr. 149 = VersR 1962, 812 (Unfall in Italien). A. A. ist vor allem Wahle, Die Rechte des Verkehrsopfers und seines Sozialversicherers gegen den Haftpflichtversicherer bei Unfällen in Ländern ohne obligatorische Haftpflichtversicherung, VersR 1962, 1021 ff.

223 Die Polemik Wahles (aaO S. 1026 ff.) gegen Prölss schießt, wie noch zu zeigen sein wird, weit übers Ziel hinaus.

224 Diesen Fall hat insbesondere Wahle im Auge.

Führt demnach das Verhalten eines österreichischen Kraftfahrers in Italien zu einem Unfall, bei dem etwa ein Italiener verletzt wird, dann ist weiter zu fragen, ob die zwingenden Vorschriften des österreichischen Rechts auch unter diesen Umständen anwendbar sind, wenn die *lex loci* selbst keinerlei derartige Bestimmungen aufstellt, sondern allein die zivilrechtlichen Haftungs Vorschriften für maßgebend erachtet. Steht also dem durch einen Autounfall in Italien Verletzten die Möglichkeit offen, über § 158 c VVG den Versicherer belangen zu können? Wahle²²⁵ bejaht die Frage. Seine Beweisführung ist kurz folgende: Es sei eine nicht näher begründete Glaubenslehre, daß sich aus dem Zusammenhang zwischen Zwangsversicherung und gesetzlicher Haftpflicht ergäbe, daß sich § 158 c VVG nicht auf Auslandsunfälle erstrecke. Vielmehr sei § 158 c VVG Vertragsbestandteil geworden und umfasse daher auch Unfälle, die sich im Ausland ereigneten²²⁶, weil zum Vertragsinhalt alle Bestimmungen gehören würden, die für diesen Vertrag maßgebend seien²²⁷. Dies treffe auch für § 158 c VVG zu; man könne nicht einzelne Punkte herausgreifen und sie einem anderen Recht unterstellen wollen. Rechtsgrundlage der Befugnis des Opfers sei schließlich der dem inländischen Recht unterliegende Vertrag²²⁸; es handle sich folglich nicht um einen gesetzlichen, sondern um einen vertraglichen Anspruch²²⁹.

Bei solcher Argumentationsweise müßte Wahle für die *action directe* zu dem Schluß kommen, daß diese auch auf vertraglicher Basis beruhe und daher für deren Zubilligung das Vertragsstatut den Ausschlag gebe. Aber gerade diesen Punkt hat Wahle bei seinen Ausführungen über die *action directe*²³⁰ nicht beachtet, sondern ihn mehr oder weniger übergangen. In den Erörterungen über die *action directe* wurde bereits darauf hingewiesen, daß diese ihren Grund gerade nicht im Vertragsrecht findet, vielmehr zwingendes Recht der *lex loci* darstellt und auf alle Unfälle anzuwenden ist, die sich in deren Geltungsbereich ereignen²³¹. Aus § 158 c VVG selbst ergibt sich kein Hinweis dafür, welchen Geltungsbereich er sich beimessen will. Doch zeigt seine Stellung im Gesetz unter der Überschrift „Besondere Vorschriften für die Pflichtversicherung“, daß er nur für die Fälle der Pflichtversicherung zur Anwendung kommen sollte, die aber der Gesetzgeber andererseits nur für sein Territorium verbindlich festlegen konnte. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß § 158 c VVG allein für das österreichische Territorium Geltung beanspruchen kann. Es wurde

225 AaO S. 1027 ff.

226 AaO S. 1026.

227 AaO S. 1027.

228 AaO S. 1028.

229 AaO S. 1029.

230 AaO S. 1022-1026.

231 Dabei wurde hier die Auffassung vertreten, daß es sich um eine selbständige Rechtsfolge handelt.

ja auch aus Gesichtspunkten des öffentlichen Interesses (Fürsorge für die Verkehrsoffer) dem Verletzten der Weg des § 158 c VVG eingeräumt. Demnach kann nicht behauptet werden, daß § 158 c VVG nur infolge vertraglicher Vereinbarung gelte, vielmehr gilt § 158 c VVG als zwingende Norm für das österreichische Territorium. Will man somit dem § 158 c VVG auch Anwendbarkeit auf Auslandsunfälle zuschreiben²³², so kann dies allenfalls durch ausdrückliche Vereinbarungen geschehen. Diese sind indes bei der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung so gut wie ausgeschlossen. Den Versicherungsverträgen liegen ausnahmslos die AKB oder ähnliche Versicherungsbedingungen, also allgemeine Geschäftsbedingungen, zugrunde. Aus § 2 Abs. 1 AKB, der bestimmt, daß die Versicherung für Europa gilt, läßt sich eine solche Auffassung nicht entnehmen, wonach § 158 c VVG, entgegen seinem eigentlichen Geltungsbereich, durch vertragliche Abmachungen einen erweiterten Anwendungsbereich erhalten solle. Es ist unrichtig, wenn Wahle²³³ behauptet, daß sich der Versicherer den gesetzlichen Bestimmungen vertraglich unterwerfe. Dies würde nämlich bedeuten, daß das Recht des Verletzten aus § 158 c VVG auch bei reiner Inlandsbeziehung des Falles auf Vertrag beruhen würde. Daß diese Annahme nicht richtig ist, bedarf wohl keines Beweises. Wenn der Vertrag auch Auslandsschäden deckt, so muß sich dies aus dem Vertrag und damit den ihm zugrunde liegenden AKB oder anderen entsprechenden Versicherungsbedingungen ergeben, ob § 158 c VVG auf Auslandsunfälle anwendbar sein soll. Daß eine solche Vereinbarung zwar grundsätzlich möglich ist, nämlich die vertragliche Erstreckung zwingender Vorschriften auf an sich vom Gesetzgeber nicht miteinbezogene Fälle, wird man nicht leugnen können, doch darf dabei nicht vergessen werden, daß damit die Vorschrift ihren zwingenden Charakter verliert und nur noch einer gewöhnlichen vertraglichen Vereinbarung gleichkommt²³⁴.

Hiermit taucht dann die weitere Frage auf, wie der Verletzte überhaupt dazu kommen kann, sich auf einen Vertrag zu berufen, der für ihn eine *res inter alios acta* darstellt. Die Berechtigung einer dritten Person aus einem Vertrag, die bei dessen Abschluß nicht beteiligt gewesen ist, läßt sich nur auf dem Wege eines Vertrages zugunsten Dritter begründen; anderweitige Berechtigungen dritter Personen an Rechtsverhältnissen von anderen ist nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift möglich. Beides ist aber bei § 158 c VVG nicht gegeben, weder ist in § 158 c VVG die gesetzliche Begünstigung auf Auslandsunfälle verankert, noch liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor;

232 Praktische Bedeutung kommt § 158 c VVG vor allem für Italien zu.

233 AaO S. 1027. Gegen Wahle jetzt auch Schwind, Der Verkehrsunfall im österreichischen internationalen Privatrecht, ZVR 1965, 288 (292).

234 Keinesfalls handelt es sich hierbei darum, den Vertrag rechtlich zu ergänzen, weil der Vertrag ja nicht alles regeln kann, auch wenn von einer Partei allgemeine Geschäftsbedingungen aufgestellt und verwendet worden sind.

denn einer derartigen Konstruktion widerspricht schon der Wortlaut der Bestimmung, der gerade von der Gültigkeit des Versicherungsverhältnisses zwischen dem Schädiger und dem Versicherer absieht. Würde nämlich ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegen, so könnte dem Dritten, also dem Geschädigten, entgegengehalten werden, daß der Versicherungsvertrag mit Mängeln behaftet ist, was aber gerade vermieden werden soll²³⁵. Wenn Wahle behauptet²³⁶, daß es verfehlt sei, den Anspruch des Verkehrsopfers als auf Gesetz beruhend anzusehen, so muß diese Behauptung zurückgewiesen und vielmehr das Gegenteil angenommen werden, was u. E. aus den angeführten Gründen gar nicht weiter fraglich sein kann. Es ist zwar anerkennenswert, wenn Wahle dem Verletzten helfen will, doch ist dies nur dann möglich, soweit sich hierfür rechtlich zweifelsfreie Begründungen anbieten. Dies kann von der Argumentation Wahles nicht gesagt werden, die vertragliche Ansprüche solchen gleichstellt, welche nur anlässlich eines Vertrages für einen Dritten entstehen. Wie die Diskussion über die *action directe* in Frankreich zur Genüge erwiesen hat²³⁷, ist dies nicht dasselbe. Damit ist der von Wahle als „herrschende Theorie“²³⁸ bezeichneten Auffassung, daß § 158 c VVG auf Auslandsunfälle unanwendbar ist, der Vorzug zu geben. Fraglich bleibt noch, ob § 158 c VVG nicht dann Anwendung finden kann, wenn Schädiger und Geschädigter Österreicher sind und somit österreichisches Recht als gemeinsames Heimatrecht angewandt werden kann²³⁹. So ist in der Schweiz die Direktklage dem Verletzten durch Art. 85 SVG auch dann zugestanden worden, wenn dieser z. Z. des Unfalls seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte, der Unfall selbst aber außerhalb der Schweiz sich ereignet.

Es wurde oben gezeigt, daß § 158 c VVG Auslandsunfälle nicht miteinbezieht. Dies soll nach Prölss²⁴⁰ bei der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts anders sein; hier sei alles Internationalrechtliche ausgeschaltet. Faßt man § 158 c VVG wie die Bestimmungen über die *action directe* als zwingende Vorschriften auf, so scheint die

235 Mit diesem Einwand hat sich Wahle nicht befaßt, obwohl er seine Konstruktion in Frage stellt.

236 AaO S. 1028.

237 Im übrigen verkennt Wahle die sachgerechte Anknüpfung zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht.

238 AaO S. 1022. Außer den schon Genannten sind noch anzuführen Pienitz, AKB, 3. A., Berlin 1963, S. 94; Fromm, Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung, 2. A., Berlin 1961, S. 259.

239 Bei Verkehrsunfällen ist die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts grundsätzlich dann abzulehnen, wenn noch weitere Personen mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit an dem Unfall beteiligt sind. A. A. Lütkehaus, Die Bedeutung des Personalprinzips im internationalen Deliktsrecht, Diss. Münster 1963, S. 150. Ein ausländisches Forum wird kaum das gemeinsame Heimatrecht, wenn dieses nicht mit dem materiellen Recht der *lex fori* identisch ist, anwenden.

240 Internationalrechtliche Aspekte, S. 24.

Rechtslage nicht so klar zu sein. Nach den Grundsätzen über die Anwendung des zwingenden Schuldrechts ist § 158 c VVG auch bei der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts nicht zu berücksichtigen. An dessen Stelle tritt entweder die *action directe* der *lex loci*, oder aber es entfällt jegliche Möglichkeit für den Verletzten, gegen den Versicherer des Schädigers vorzugehen. Nur dann, wenn man dieser Betrachtungsweise keine Gefolgschaft leistet, eröffnet sich für den Verletzten der Weg des § 158 c VVG.

bb) Inlandsunfälle von Ausländern

Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, nach welchem System der Ausländer versichert ist, ob er etwa eine Grenzversicherung abgeschlossen hat oder ob er im Besitz der grünen Karte ist. Für den ausländischen Kraftfahrer besteht, wie auch für den inländischen, die Versicherungspflicht²⁴¹. Hat der einreisende Ausländer eine Grenzversicherung abgeschlossen, dann untersteht der Vertrag in der Regel dem österreichischen Recht, so daß § 158 c VVG anwendbar ist. Das gleiche gilt, wenn der ausländische Kraftfahrer im Besitz der grünen Karte ist. Daß der Versicherungsvertrag hier in der Regel dem ausländischen Recht unterliegt, spielt keine Rolle²⁴², denn der Ausländer hat den Vorschriften der österreichischen Pflichtversicherung nachzukommen. Der Verletzte, ob Österreicher oder Ausländer, kann daher gem. § 158 c VVG gegen die Gesellschaft vorgehen, die für den Ausländer die Pflichten eines Haftpflichtversicherers für das Inland übernommen hat, soweit die Mindestdeckung in Frage steht. Geht der Schaden über die Mindestdeckungssumme hinaus, so kann er diesen Schaden vom Schädiger verlangen²⁴³, was aber, da ja schon der Weg des § 158 c VVG beschritten worden ist, wenig Erfolg haben dürfte. Ob der ausländische Versicherer des Ausländers diesem hierfür Deckung gewährt, ist eine andere Frage. Tut er dies, dann ist insoweit keine *action directe* möglich, selbst wenn das betreffende ausländische Recht, dem der Versicherungsvertrag untersteht, diese zuläßt.

2. Regreß auf Grund Forderungsüberganges

Die durch einen Schadensfall aufgeworfenen Rechtsfragen erschöpfen sich in der Regel nicht in der Feststellung, wer als Anspruchsgegner in Frage kommt, sondern führen weiter zu dem Problem — vor allem im Versicherungsrecht —, ob jemand, der durch Gesetz (z. B. der Dienstherr) oder Vertrag (etwa der Versicherer) verpflichtet

241 S. hierzu Grubmann, Die Versicherungspflicht für ausländische Kraftfahrzeuge in Österreich, ZVR 1963, 225 ff.

242 Vgl. Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 28.

243 Dieser Anspruch unterliegt dem österreichischen Recht als der *lex loci delicti commissi*.

ist, für einen anderen einzustehen, auf den also der Schaden überwälzt werden kann, es sei denn, daß der so Verpflichtete die von ihm erbrachten Schadensersatzleistungen wieder im Wege des Rückgriffs zurückfordern kann und er damit nur intermediärer Schadensträger²⁴⁴ ist. Solche Rückgriffsmöglichkeiten bieten sich insbesondere in der Form der *cessio legis* und der Subrogation demjenigen, der entweder zur Zahlung verpflichtet ist oder bereits gezahlt hat.

Als Grundlage eines Regresses kommt dem Übergang der Forderung kraft Gesetzes überragende Bedeutung zu. Der Forderungsübergang selbst kann sich in zweifacher Weise vollziehen: Einmal unabhängig davon, ob der zur Leistung Verpflichtete bereits geleistet hat, dies ist der eigentliche Fall der *cessio legis*; zum anderen kann der Übergang der Forderung von der vorherigen Erbringung der Leistung abhängig gemacht werden, hier spricht man von Subrogation^{245, 246}. Für die international-privatrechtliche Betrachtung ist dann noch beim gesetzlichen Forderungsübergang des weiteren zu beachten, ob dieser von einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Norm angeordnet wird.

a) Forderungsübergang infolge privatrechtlicher Vorschriften (Subrogation)

Der Hauptanwendungsbereich des durch das Privatrecht angeordneten Forderungsübergangs liegt ohne Zweifel auf dem Gebiet des Versicherungsrechts²⁴⁷. Fast alle Staaten haben in ihren Gesetzen, die sich mit versicherungsrechtlichen Fragen befassen, den Forderungsübergang zugunsten der Privatversicherer vorgesehen, und zwar handelt es sich dabei ausnahmslos um eine Subrogation in die Rechte des Versicherten und um keine echte Legalzession: So z. B. §§ 67, 158 f. deutsches/österreich. VVG, Art. 72 schweizer. VVG, Art. 36 französ. VVG, Art. 284 WvK, Art. 1916 Abs. 1 c.c., Art. 25 schwed. VVG²⁴⁸. Außer in den privatversicherungsrechtlichen Vorschriften ist auch in den Zivilgesetzbüchern die Subrogation zu finden, im BGB etwa §§ 840 Abs. 1, 426 Abs. 2 S. 1 sowie in § 17 Abs. 1 StVG; das schweizerische

244 Hierüber vgl. Schnorr von Carolsfeld, Der Übergang von Forderungen kraft Gesetzes — eine gesetzliche Lösung von Drittschadensfällen, DJ 1937, 1488 f.

245 Zum Begriff Wengler, Art. Surrogation, RvglHwB Bd. VI, 460 ff.

246 Im Gegensatz zum deutschen Recht hat dieser Begriff im ausländischen Recht eine weit größere Bedeutung. Hier wird nur die subrogation légale behandelt, und zwar als subrogation personelle und nicht als subrogation réelle, deren Platz im Sachenrecht ist.

247 Die Rechtslage bei der Bürgschaft muß hier beiseite bleiben, da ihre Erörterung zu weit führen würde. Hierzu Rilling, Die Bürgschaft nach deutschem internationalem Privatrecht, Diss. Tübingen 1935, S. 66 ff.

248 Zu beachten ist, was hier nicht näher ausgeführt werden kann, daß die Subrogation meist für die Schadensversicherung (also auch die Haftpflichtversicherung) gilt, nicht aber für die Personenversicherung (vgl. Art. 55 französ. VVG, Art. 96 schweizer. VVG).

Recht enthält in Art. 50, 51, 55 Abs. 2 OR allgemeine Ausgleichsbestimmungen für die unerlaubte Handlung; das italienische Recht in Art. 2055, 1299 c.c., das französische in Art. 1251 Abs. 3 C.c.

aa) Die Subrogation im Privatversicherungsrecht

Die internationalrechtliche Problematik bei der Subrogation besteht darin, daß generell gesehen mehrere Rechte zur Lösung herangezogen werden können, weil auf die Dreiecksbeziehung debitor cessus — Zedent — Zessionar²⁴⁹ jeweils eine verschiedene Rechtsordnung bei jeder bilateralen Gruppierung anwendbar ist.

Daß bei dieser Frage keine Generallinie in Judikatur und Literatur²⁵⁰ zu finden ist, liegt auf der Hand und überrascht wohl nicht; die eine Auffassung betont mehr diese, die andere jene Seite.

Der Grund der gesetzlich angeordneten Subrogation zugunsten des Versicherers liegt — wenigstens bei der Schadensversicherung²⁵¹ — darin, daß der Geschädigte nicht mehr erhalten soll, als sein Schaden tatsächlich ausmacht. Daraus läßt sich indes für die Rechtsanwendung kein einheitliches Prinzip entwickeln. An sich könnte man ja der Auffassung sein, daß eine internationalrechtliche Behandlung der Subrogation zumindest im Bereich des Versicherungsrechtes überflüssig sei, weil hier zwischen fast allen Rechtsordnungen eine materiell-rechtliche Einheit bestehe; denn die einzelnen Versicherungsvertragsgesetze sähen doch alle die Subrogation zugunsten des Versicherers vor, so daß es für die konkrete Entscheidung gleichgültig sei, welcher Rechtsordnung die Subrogationsbestimmung entnommen werden müsse²⁵². Bei oberflächlicher Betrachtung scheint eine derartige Argumentation auch einiges für sich in Anspruch nehmen zu können. Ein näheres Hinsehen zeigt jedoch, daß eine solche These nicht weiterzuhelfen vermag. Die einzelnen Subrogationsvorschriften weichen bisweilen erheblich voneinander ab: Im Gegensatz zu § 67 VVG und Art. 1916 Abs. 1 c.c. erfaßt Art. 72 schweizer. VVG nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung, also keine Ansprüche aus Vertrag²⁵³; ferner

249 Diese Terminologie ist an sich auf die vertragliche Zession zugeschnitten, wird aber der Einfachheit halber auch hier verwendet.

250 Soweit Entscheidungen ergangen sind, behandeln sie fast ausnahmslos die Subrogation im Privatversicherungsrecht. Aus diesem Grund wurde die damit zusammenhängende Problematik an die Spitze gestellt.

251 Bei der Personenversicherung ist die Subrogation ja in der Regel ausgeschlossen.

252 So verfährt in der Tat der BGH in seiner Entscheidung vom 7. 12. 1961 — VersR 1962, 129, in der er die Frage nach der für die Subrogation maßgebenden Rechtsordnung dahingestellt sein läßt, weil nach beiden Rechten, die zur Anwendung in Betracht zu ziehen waren (deutsches und schwedisches Recht), die Subrogation des Versicherers in die Rechte des Versicherungsnehmers vorgesehen ist. Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld, Anm. AP § 242 BGB — Verwirkung Nr. 36 Bl. 487.

253 Eine „Ausnahme“ ergibt sich dann, wenn Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglichem und deliktischem Anspruch besteht. Art. 72 schweizer. VVG ist hier anwendbar (Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1958, S. 343).

ist der Umfang der Subrogation u. U. bei der obligatorischen Haftpflichtversicherung verschieden²⁵⁴. Es ist daher nicht möglich, im Einzelfall die genaue Rechtsgrundlage der Subrogation dahingestellt sein zu lassen, sondern sie ist eindeutig festzustellen, weil davon verschiedene Fragen beeinflusst werden.

Das auf die Subrogation anwendbare Recht ist dann von besonderem Interesse, wenn etwa die Rechtsordnung des Unfallortes oder das Recht, dem ein Transportvertrag untersteht, dem Versicherer keine Subrogationsmöglichkeiten gewähren, wohl aber das den Versicherungsvertrag beherrschende Recht; generell ausgedrückt, wenn also das auf irgendeine der Rechtsbeziehungen aus dem Dreiecksverhältnis anwendbare Recht die Subrogation verneint. Als Beispiel²⁵⁵ kann ein dem schweizerischen Recht unterliegender Transportvertrag angeführt werden: Der Absender der Ware versicherte diese bei einer ausländischen Versicherungsgesellschaft, der Versicherungsvertrag wird von einem anderen als dem schweizerischen Recht beherrscht. Das Recht des Versicherungsvertrags kennt die Subrogation zugunsten des Schadensversicherers, doch kann der Versicherer nicht auf Grund von Art. 72 schweizer. VVG beim Frachtführer Regreß nehmen; denn Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag fallen nicht unter Art. 72 schweizer. VVG²⁵⁶. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß der Versicherer nicht gegen den Frachtführer vorgehen kann; er hat die Möglichkeit, sich auf die in Art. 51 OR²⁵⁷ enthaltene Subrogationsbestimmung zu stützen²⁵⁸. Hierbei stellen sich aber zwei Fragen: 1. ob Art. 51 OR in Fällen, in denen der Versicherer seine Leistung auf Grund eines dem ausländischen Recht unterliegenden Vertrages erbringt, überhaupt angewandt werden kann²⁵⁹; 2. ob die Rechtsordnung, nach der sich der Frachtvertrag richtet, auch für die Einräumung der Subrogation entscheidend ist.

Der Versicherungsnehmer hat bei der Schadensversicherung seinerseits konkurrierende Ansprüche. Der eine Anspruch richtet sich gegen den Haftpflichtigen, der andere gegen den Versicherer (hier Transportversicherer). Beide Anspruchsgegner stehen zueinander im Verhält-

254 § 158 f VVG; Art. 88 SVG.

255 In Anlehnung an BGE 85 II 267. Zu dieser Entscheidung Keller, Anwendbares Recht hinsichtlich der Subrogation des Schadenversicherers, SchwJZ 56 (1960) 65-67.

256 Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, S. 342. Damit wird zugleich festgestellt, daß bei Verletzung des Frachtvertrages keine Anspruchskonkurrenz in Frage kommt.

257 Art. 51 OR enthält eine Regelung der Haftung bei unechter Solidarität. Die diesbezügliche Rechtslage ist im deutschen Recht sehr unsicher.

258 Diesen Weg beschreitet Keller aaO S. 66 f. und kommt daher zu der Anwendung des Rechts des Frachtvertrages. Im Ergebnis trifft sich diese Lösung freilich mit derjenigen, die die Subrogationsvorschrift des ausländischen Rechts heranzieht.

259 Keller aaO S. 66 nimmt dies ohne weiteres an.

nis unechter Solidarität, der Rechtsgrund ihrer Verpflichtung ist verschieden. Hinzu kommt für unseren Fall, daß jede Leistung auch einem anderen Recht untersteht, der Anspruch aus dem Frachtvertrag dem schweizerischen Recht, der versicherungsrechtliche — nehmen wir an — dem deutschen Recht. Kann nun das schweizerische Recht das gegenseitige Verhältnis der beiden Ansprüche regeln²⁶⁰? Da jede Rechtsordnung jemanden nur dann solidarisch verpflichten kann, wenn eine rechtliche Beziehung zu ihr gegeben ist, ist diese Frage zu verneinen; denn bei einer Forderung, die einem ausländischen Recht untersteht, fehlt gerade diese Beziehung²⁶¹. Dem Versicherer steht nur der Weg offen, vom Versicherungsnehmer die Abtretung des Schadensersatzanspruchs zu verlangen, was sich aus bereicherungsrechtlichen Erwägungen rechtfertigen läßt²⁶²; doch abgesehen von der Frage der Solidarität bleibt die grundsätzliche Frage zu erörtern, ob sich überhaupt die Subrogation nach der Rechtsordnung, die zur Beurteilung des Verhältnisses *debitor cessus* — Zedent berufen ist, richtet. Die Besonderheit der Subrogation liegt darin, daß eine Forderung trotz Erfüllung nicht erlischt. Man könnte daher geneigt sein, das Recht der Forderung, die erfüllt worden ist, über die Möglichkeit einer Subrogation entscheiden zu lassen. Ein weiterer Grund für die Anwendung des Statuts der Forderung könnte evtl. darin gesehen werden, daß ja vom Zessionar die der Beziehung *debitor cessus* — Zedent entspringende Forderung auch nach deren Bezahlung als für ihn weiterbestehend betrachtet wird; ferner kann der Nachdruck darauf gelegt werden, daß das Recht des *debitor cessus* entscheiden müsse, an wen und wie lange er zu leisten habe. Vor allem in der französischen Lehre wird noch die Anknüpfung der Subrogation an das Recht des Zahlungsortes oder des Wohnsitzes des Schuldners er-

260 Es sei hier davon ausgegangen, daß Art. 51 OR überhaupt auf die Konkurrenz von vertraglichen Ansprüchen anwendbar ist, was offensichtlich Keller aaO S. 66 annimmt. Dies ist aber nicht unbestritten, vgl. Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, S. 326 Anm. 140.

261 Anders könnte entschieden werden, wenn beide in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen das gleiche anordnen würden (vgl. § 59 Abs. 2 S. 2 VVG). Daher ist die Meinung von Keller aaO S. 66 abzulehnen, der diese Problematik mehr oder weniger übergeht. Seine Feststellung, daß diejenige Rechtsordnung, nach der eine Schuld zu beurteilen sei, auch darüber zu befinden habe, ob und inwieweit der Schuldner gegenüber einem Mitschuldner *regreßpflichtig* sei, kann nicht als ausreichende Begründung angesehen werden. Zuerst müßte dargelegt werden, ob die nach ausländischem Recht zu beurteilende Leistungspflicht des Versicherers zu einer Gesamtschuld führt. Dies ist z. B. nach deutschem Recht nicht anzunehmen, allenfalls geht nach § 67 VVG auf den Versicherer die Forderung über, so daß insoweit der Streit müßig ist.

262 Deren international-privatrechtliche Seite, die alles andere als geklärt angesehen werden kann, kann hier nicht weiter verfolgt werden. Hierfür sei auf Balastèr, Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1955; Ballarino, L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato, Dir. int. 1963, 341 ff., hingewiesen.

wogen. Wohl die Mehrzahl der Autoren²⁶³ und Entscheidungen²⁶⁴ läßt jedoch bei der Subrogation die Rechtsordnung entscheiden, die das Verhältnis Zedent — Zessionar beherrscht²⁶⁵. Eine besondere international-privatrechtliche Behandlung der Subrogation je nach Versicherungszweig ist noch nirgends im deutschen Schrifttum erfolgt

263 Nußbaum, DIPR, S. 267; Lewald, DIPR, S. 277; Wolff, IPR, S. 152; Raape, IPR, S. 507; Schnitzer, IPR II, S. 656; Bruck, Zwischenstaatliches Versicherungsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924, S. 18; Basedow aaO S. 136, 138; Ryser, Der Versicherungsvertrag im internationalen Privatrecht, Diss. Bern 1957; S. 111 f.; Guldener, Zession, Legalzession und Subrogation im internationalen Privatrecht, Aarau 1930, S. 136, läßt das Recht der Forderung, die subrogiert werden soll, entscheiden; Domke, Le projet suisse sur le conflit de lois en matière de cautionnement, Clunet 1938, 417 (431 f.); Wahle, Die Prozeßmunschaft des Haftpflichtversicherers, ZVersWiss 1960, 51 (99); Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, Nr. 541; ders., Traité, Nr. 626 (S. 677); Degand, Rép.X, Paiement, Nr. 97; Juris-Classeur, Responsabilité civile, vol. II, Fasc. VIII bis D: Assurances de dommages, Nr. 251; Kollewijn, Anm. in Clunet 1961, 894; Sauveplanne, De subrogatie in het internationaal privaatrecht, De conflictu legum. Bundel opstellen aangeboden aan Roeland Duco Kollewijn — Johannes Offerhaus, Leiden 1962, S. 413 (425 f.); Venturini, DIP, S. 173; Rabel, Conflict of laws, vol. III, S. 435; — a. A. Mazeaud-Tunc, vol III Nr. 2732 (S. 981); Diena, Trattato di dir.comm. intern., vol. II, S. 517; Cavaglieri, Diritto internazionale commerciale, S. 497; Keller aaO S. 66; ders., Internationales Versicherungsvertragsrecht, S. 48; Arminjon, Précis de d.i.p.comm., Nr. 294 (S. 485 f.), Unentschieden Offerhaus, Anpassung in het internationaal privaatrecht, Amsterdam 1963, S. 21 f.; Vischer, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 242 f.; von Bar, Internationales Handelsrecht, Handbuch des gesamten Handelsrechts (hersch. von Ehrenberg) Bd. I, Leipzig 1913, S. 418, meint, daß der Übergang kraft Gesetzes zunächst vom Recht des Versicherungsvertrages, zugleich aber auch von dem für die Ersatzforderung maßgebenden Recht abhängt. Wenn aber die erste Rechtsordnung die Ersatzforderung dem Versicherer zuspreche, könne er in jedem Fall die Zession fordern.

264 Deutschland: OLG Schleswig, 21. 12. 1950 — VersR 1951, 66; HansOLG Hamburg, 1. 7. 1957 — MDR 1957, 679; OLG Stuttgart, 12. 11. 1959 — VersR 1960, 722; OLG Koblenz, 28. 1. 1960 — VersR 1960, 686; dahingestellt lassen die Frage OLG Düsseldorf, 23. 11. 1961 — VersR 1962, 536; BGH, 7. 12. 1961 — VersR 1962, 129 (hier war sowohl nach deutschem wie nach schwedischem Recht die Subrogation gegeben); BGHZ 34, 227 (im Sachverhalt ist nur die Rede davon, daß der Schaden in Dollar versichert war und die Schadensersatzforderung auf die Klägerin übergegangen sei); die lex loci delicti commissi wird in OGHZ 2, 379 (383) angewandt — Schweiz: BGE 74 II 81 (88 f.); BGE 39 II 77 (hier handelt es sich allerdings um eine Forderung des Sozialversicherungsrechts); BGE 85 II 267 (272); BGE 88 II 430 (437). — Frankreich: Cour d'appel de Riom, 29. 1. 1932 — S. 1934. 2. 49 und Trib.civ. de la Seine, 2. 1. 1935 — Clunet 1936, 904 stellen auf den Ort der Zahlung ab, bei der ersten Entscheidung kommt dies dem Recht des Versicherungsvertrages gleich. — Niederlande: Hof 's Gravenhage, 28. 1. 1930 — N.J. 1930, 1580 (die Subrogation sei eine Folge des Versicherungsvertrages); Rb Utrecht, 7. 2. 1952 — N.J. 1953 Nr. 276; Rb Amsterdam, 16. 4. 1958 — N.J. 1959 Nr. 637; mit Einschränkung Rb Leeuwarden, 15. 12. 1960 — N.J. 1961 Nr. 330; unklar: Rb Amsterdam, 3. 4. 1957 — N.J. 1958 Nr. 108; Rb Arnhem, 26. 9. 1957 — N.J. 1959 Nr. 439; Hof 's Gravenhage, 18. 12. 1959 — N.J. 1960 Nr. 639. Belgien: Cour d'appel de Bruxelles, 28. 11. 1958 — Clunet 1962, 1056.

265 Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 22, sagt, dies sei die herrschende Ansicht.

und auch nicht gefordert worden²⁶⁶. Im allgemeinen besteht dazu auch keine Veranlassung, weil in praxi die Subrogation auf die Fälle der Schadensversicherung beschränkt ist. Es darf aber nicht vergessen werden, daß zwar die Haftpflichtversicherung als Schadensversicherung anzusehen ist, jedoch gegenüber der normalen Schadensversicherung die Dreiecksbeziehung wesentlich anders strukturiert ist²⁶⁷. Dem Versicherungsnehmer werden nämlich keine konkurrierenden Ansprüche gegen den Schädiger und den Versicherer eingeräumt. Die Sachlage ist hier vielmehr so, daß sich der Versicherungsnehmer einem Schadensersatzanspruch eines Dritten gegenüber sieht, dessen Deckung er von seinem Versicherer verlangen kann. Daher ist auch hier § 67 VVG nicht anwendbar. Ein Regreß des Versicherers ist hier nur kraft § 158 f VVG möglich, der sich aber nicht gegen eine dem Versicherungsvertrag fremde Person richtet, sondern gegen den Versicherungsnehmer; bei dem hier zwischen dem Versicherer und Versicherungsnehmer bestehenden Verhältnis spricht man auch von einem „kranken Versicherungsverhältnis“; denn ein Forderungsübergang nach § 158 f VVG setzt eine Leistung des Versicherers gem. § 158 c VVG voraus. Da aber, wie bereits dargelegt worden ist, § 158 c VVG nur auf Unfälle in Deutschland²⁶⁸ bzw. in Österreich angewandt werden kann, zieht dies den gleichen Anwendungsbereich für § 158 f VVG nach sich. Das Recht des Versicherungsvertrages kann in diesem Fall keinen Einfluß auf die Subrogation haben. Im übrigen ist bei der grünen Karte — hier kann ja der Versicherungsvertrag auch einem ausländischen Recht unterliegen — der ursprüngliche Vertrag ohnehin nach dem Recht des Reiselandes modifiziert worden, insofern zwingende Vorschriften des Reiselandes (nach geschehenem Unfall also der *lex loci delicti commissi*) zu beachten sind. In den Staaten, in denen dem Verletzten die *action directe* zugebilligt wird und dem Versicherer Einwendungen aus dem Versicherungsvertrag abgeschnitten werden (z. B. nach Art. 65 SVG), verhält es sich nicht anders. Hier ist die Subrogation nur nach der *lex loci delicti commissi* gegeben²⁶⁹. Die aufgezeigte Problematik ist jedoch deshalb von geringer praktischer Bedeutung, weil die Klage des Verletzten infolge des Systems der grünen Karte gegen eine im Geltungsbereich der *lex loci ansäs-*

266 Eine Andeutung kann bei Keller aaO S. 65 Anm. 1 in der Bemerkung gesehen werden, daß er die Haftpflichtversicherung aus seiner Betrachtung ausdrücklich ausklammern wolle. S. jetzt aber Karrer, Der Regreß des Versicherers gegen Dritthaftpflichtige — Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, Zürich 1965, S. 83 ff.

267 In vielen Rechten steht zudem dem Geschädigten die *action directe* gegen den Versicherer des Schädigers zu.

268 Auf die Kraftfahrhaftpflichtversicherung in Deutschland ist § 158 c VVG direkt nicht mehr anwendbar; er gilt nur noch für andere gesetzliche Haftpflichtversicherungen.

269 Im Gegensatz zum deutschen Recht gibt Art. 65 Abs. 3 SVG dem Versicherer ein selbständiges Regreßrecht, subrogiert den Versicherer also nicht in die Rechte des Verletzten.

sige Versicherungsgesellschaft zu erheben ist; diese Gesellschaft nimmt ja für das betreffende Land die Pflichten eines Haftpflichtversicherers für den einreisenden Fremden wahr. Wie sich der Ausgleich der beteiligten Versicherungsgesellschaften zu vollziehen hat, ist hier nicht weiter zu verfolgen²⁷⁰. Damit ist indes das Problem nicht völlig aus der Welt geschafft, weil neben § 158 f VVG (bei Inlandsunfällen²⁷¹) noch § 67 VVG oder eine andere Subrogationsvorschrift des in- oder ausländischen Rechts treten kann. So z. B., wenn Fahrer und Halter des Kraftfahrzeuges Ausländer sind, einer von den beiden aber im Innenverhältnis den Schaden allein zu tragen hat. Nehmen wir an, daß sich der Unfall in Deutschland ereignet, Fahrer und Halter Schweizer sind, und diese bei ihrer Einreise die grüne Karte mit sich führten, dann sind beide nach § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner anzusehen, einer von beiden trägt aber im Endergebnis den ganzen Schaden.

Hat nun etwa der ausländische Versicherer, bei dem das Kraftfahrzeug versichert ist, dem deutschen Versicherer dessen Aufwendungen ersetzt, so kann der Versicherer nicht gegen den Halter Regreß nehmen, wenn diesen allein die Verantwortung trifft, und zwar deshalb, weil das Recht des Unfallorts, also deutsches Recht, dem Versicherer keinen Regreß gegen den Versicherungsnehmer zugesteht. Wurde die Leistung auf Grund von § 158 c VVG erbracht, so gilt nichts anderes. Hier wird der Versicherer in die Rechte des Geschädigten subrogiert. Der Geschädigte hat einen Anspruch auf Schadensersatz, den er wahlweise gegen den Halter oder den Fahrer oder beide zusammen geltend machen kann. Aus dem Innenverhältnis können dem Geschädigten selbst keine Einwendungen entgegengehalten werden, wohl aber dem Versicherer. Er kann sich nicht allein auf das Außenverhältnis stützen, da er sowohl zum Fahrer als auch zum Halter rechtliche Beziehungen hat; denn der Fahrer ist Mitversicherter²⁷². Der Versicherer kann sich sonach nur an den Halter wenden, nicht aber auch an den Fahrer, der zum Ausgleich nicht verpflichtet ist²⁷³.

Geht der Schaden über die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdeckungssumme hinaus, so bleibt es beim Normalfall der Haftpflichtversicherung²⁷⁴, ein Regreß gegen den Versicherungsnehmer ist nicht möglich. Damit kommen wir wieder zu unserem Ausgangsfall, der gewöhnlichen Schadensversicherung, zurück. Eignet sich in Deutschland ein Autounfall, bei dem ein ausländisches Fahrzeug beschädigt

270 Da aber der deutsche Versicherer den ausländischen Versicherer befriedigen wird, wird der inländische Versicherer u. U. Regreß nehmen. Für diesen Regreß wird man mit Prölss, Internationalrechtliche Aspekte, S. 21, annehmen müssen, daß der deutsche Versicherer gemäß der ausländischen Vorschrift in die Rechte des Geschädigten subrogiert wird bzw. einen selbständigen Regreßanspruch erwirbt.

271 D. h. Unfällen, die sich in Österreich ereignen.

272 Vgl. § 3 Pflichtversicherungsgesetz vom 7. 11. 1939.

273 Stiefel-Wussow, § 10 AKB Anm. 34 (S. 315).

274 Unter der Voraussetzung, daß ein „gesundes“ Versicherungsverhältnis vorliegt.

wird, das bei einem ausländischen Versicherer versichert ist (z. B. bei einer schweizerischen Gesellschaft)²⁷⁵, dann fragt es sich, ob der ausländische Versicherer nach dem dem Versicherungsvertrag unterliegenden Recht in die Rechte des Geschädigten subrogiert wird, sofern der Versicherer seiner gegenüber dem Versicherungsnehmer bestehenden Leistungspflicht nachgekommen ist²⁷⁶.

Für die Anwendung des Versicherungsstatuts spricht, daß der Versicherer seine Leistungen auf Grund des Versicherungsvertrages erbringt und nicht, weil er kraft der am Unfallort geltenden Rechtsordnung hierzu verpflichtet ist²⁷⁷,²⁷⁸. Hiergegen läßt sich einwenden, daß die Position des Schuldners durch die Subrogation verschlechtert werden könnte²⁷⁹. Dieses Argument wird jedoch insoweit entkräftet, als es an sich keine den Schuldner besonders berührende Frage ist, an wen er letzten Endes zu zahlen hat, ob an den Schädiger oder an dessen Rechtsnachfolger. Eine Beeinträchtigung der Stellung des debitor cessus könnte nur insofern erfolgen, als sich durch den Gläubigerwechsel eine Verschiebung des Erfüllungsortes ergäbe. Es hängt natürlich von dem Statut der Forderung ab, wo die Verbindlichkeit zu erfüllen ist. Bei der Subrogation einer dem deutschen Recht unterliegenden Forderung würde sich zwar der Erfüllungsort nicht ändern, wohl aber der Übermittlungsort; denn nach § 270 Abs. 1 BGB ist ja Geld an den Wohnsitz des Gläubigers zu senden²⁸⁰. Ist also ein Aus-

275 Es handelt sich um eine Kaskoversicherung, einen Unterfall der Transportversicherung.

276 Bei einem vom schweizerischen Recht beherrschten Versicherungsvertrag wäre Art. 72 VVG zu prüfen, der ja die Subrogation nur bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zuläßt.

277 Gegen eine Anwendung ausländischer Subrogationsvorschriften überhaupt Stiefel-Wussow, § 10 AKB Anm. 35 (S. 318), die jedoch jeglicher internationaler Gepflogenheit widerspricht. Die Berufung auf das niederländische Recht, das die Anerkennung einer solchen Subrogation restlos ablehne, ist völlig ungerechtfertigt; denn neben den von ihnen zitierten Entscheidungen gibt es auch andere Urteile, die die Subrogation zulassen (s. unten). Die aaO zum Ausdruck gebrachte Auffassung wiederholt Wussow in seinem Aufsatz, Die Legalzessionen im internationalen Privatrecht, NJW 1964, 2325 ff., in etwas abgemilderter Form.

278 Die versicherungsrechtliche Seite der Subrogation, ihr praktisch wichtigster Fall, ist bei Guldener leider zu kurz gekommen.

279 Ähnlich schon Neumeyer, IVerwR II, S. 717, ferner BGE 85 II 267. Wann aber die Lage des Schuldners verschlechtert wird, hat bis jetzt niemand ausgeführt. Wussow aaO S. 2330 sieht darin eine Verschlechterung der Situation des Schuldners, daß dieser evtl. prüfen müsse, wie sich der ausländische Rechtsübergang vollziehe. Ganz abgesehen davon, daß er dies nach deutschem Recht genauso tun muß, liegt der Einwand auch internationalrechtlich neben der Sache; denn bei der grünen Karte muß der Geschädigte auch zuerst ermitteln, wer nun zu verklagen ist. Im übrigen trifft diese Argumentation ohnehin nur den Fall, daß der Schuldner der Schadensersatzforderung ein Angehöriger des Staates ist, in dem sich der Unfall ereignet hat. Daß ferner nur von einem Schuldner auszugehen sei, der nicht von einer Versicherungsgesellschaft beraten wird bzw. diese für ihn den Rechtsstreit führt, trifft angesichts der bisher ergangenen Entscheidungen gleichfalls nicht zu.

280 In anderen Rechten ist Erfüllungsort der Wohnsitz des Gläubigers.

länder Gläubiger der Schadensersatzforderung, dann ist ohnehin das Geld an dessen Wohnsitz zu übermitteln. Es ergibt sich keine besondere Schwierigkeit, wenn an den Versicherer des Gläubigers statt an diesen selbst das Geld zu übersenden ist. Wesentlich stärkeres Gewicht kommt der Überlegung zu, daß nur das Statut der Forderung bestimmen könne, wann eine Forderung erlösche und wann sie gegebenenfalls als weiterbestehend anzusehen sei. Ob sich der Geschädigte die Zahlung durch einen Dritten gefallen lassen muß, ist internationalrechtlich weniger von Bedeutung; in der Regel wird der Geschädigte gegen eine solche Zahlung keine Einwände erheben. Zahlt somit seinerseits der Versicherer, so liegt dies im Interesse des Versicherungsnehmers. Im großen und ganzen wird von der Subrogation nur die Stellung des Versicherungsnehmers betroffen und nicht die des Schuldners. Ersterer kann sich aber nicht darüber beschweren, wenn ihm im Wege der Subrogation die bisher zustehende Forderung genommen wird, dies war für ihn ja schon bei Abschluß des Versicherungsvertrages vorhersehbar. Es ist daher weniger die formale Betrachtung angebracht, daß mit Zahlung durch den Versicherer die Forderung des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger erlischt und durch die *lex loci delicti commissi* keine „Auswechselung“ der Forderung zugunsten des zahlenden Versicherers eintritt; das Gewicht ist vielmehr darauf zu legen, daß funktional die gleiche Situation vorliegt, wie wenn es sich um einen Versicherer der *lex loci delicti commissi* handeln würde. Die Subrogation tritt daher nach dem auf den Versicherungsvertrag anwendbaren Recht ein, also der Rechtsordnung, die über die Beziehung Zedent — Zessionar entscheidet.

Lehnt man aber die Anwendung ausländischer Subrogationsvorschriften ab²⁸¹, ergeben sich zwei Möglichkeiten: Entweder die analoge Anwendung der Subrogationsvorschriften der *lex loci delicti commissi* zugunsten des ausländischen Versicherers²⁸² oder die totale Ablehnung der Subrogation²⁸³ mit dem Argument, daß die Anwendung der *lex loci*-Vorschrift einen nach ihrem Recht zu beurteilenden Versicherungsvertrag voraussetze. Bei der zuletzt genannten „Lösung“ bleibt nur der Ausweg über die vertragliche Zession. Damit wird indes nur das Problem verschoben und keinesfalls einer einfacheren Lösung zugeführt²⁸⁴; denn eine solche „Sicherheitszession“ wirft ihrerseits wieder neue international-privatrechtliche Probleme auf. Sie ist keineswegs einfacher zu handhaben als die Subrogation — man denke nur an die Notifikation. Was die erste der beiden Ansichten betrifft, so kann diese durchaus dann ihr Ziel erreichen, wenn die *lex loci*

281 So Wussow aaO S. 2330.

282 So ist wohl Niboyet S. 1934.2.50 zu verstehen, wenn er die Subrogation dem Recht der ursprünglichen Forderung unterwerfen will.

283 Wussow (siehe Anm. 277).

284 Dies nimmt Wussow aaO S. 2330 irrtümlich an.

außerhalb des Versicherungsrechtes Subrogationsvorschriften aufweist, die über den Fall der Gesamtschuld hinausgehen, wie dies etwa im französischen Recht durch Art. 1251 Abs. 3 C.c. geschieht. Die Anwendung dieser Bestimmung auf einen Versicherer setzt aber natürlich wieder voraus, daß Art. 36 französ. VVG nicht die Spezialnorm gegenüber Art. 1251 Abs. 3 C.c. darstellt²⁸⁵. Für die Anwendung des Art. 1251 Abs. 3 C.c. auf den ausländischen Versicherer würde allerdings sprechen, daß Art. 36 französ. VVG nur den französischen und nicht den ausländischen Versicherer im Auge hat²⁸⁶. Jedoch kann der ausländische Versicherer für sich nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen, als dem französischen zustehen würden. Will man sonach diesen Weg für gangbar erachten, so zeigt sich doch, daß durch eine kunstvolle Konstruktion die Rechtsordnung des Versicherungsvertrages zu vermeiden gesucht wird.

Schwierigkeiten können aber bei der Anwendung des Rechtes des Versicherungsvertrages dann eintreten, wenn der Versicherer nur teilweise in die Rechte seines Versicherungsnehmers subrogiert wird, sei es auf Grund einer Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers oder infolge einer Unterversicherung. Hier wird der Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger gespalten, und es tauchen die im internen Recht sattsam bekannten Fragen der Kongruenz, der Differenztheorie²⁸⁷ u. a. mehr auf. Aus diesen praktischen Unzuträglichkeiten, die Anwendung der ausländischen Subrogationsvorschriften abzulehnen²⁸⁸, wäre jedoch verfehlt, da diese Probleme immer sich stellen können, auch wenn das deutsche Recht allein den Ausschlag geben sollte.

Wie die Vorrangfrage bei konkurrierenden Ansprüchen des Versicherers und des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger zu lösen ist, hat nur Prölss²⁸⁹ untersucht. Nach ihm entscheidet diese Frage das Statut des Versicherungsvertrages. Da infolge der „Anspruchsteilung“ durch die Subrogation zwei Ansprüche in Frage stehen, ist auch denkbar, daß die Rechtsordnung über die Rangfolge der Forderungen entscheiden soll, die materiell zur Beurteilung der beiden Ansprüche berufen ist, das ist aber die *lex loci delicti commissi*. In der Tat ist die Anwendung des Rechts des Begehungsortes die

285 Die Frage selbst ist im französischen Recht streitig, vgl. Jaubert, *Juris-Classeur civil*, Art. 1249-1252, Fasc.V, 80-81 Nr. 4 und 5.

286 Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, daß Art. 36 französ. VVG nur für die Schadensversicherung gilt.

287 Prölss, *Internationalrechtliche Aspekte*, gibt auf S. 23 Anm. 62 einen kurzen Hinweis auf die Rechtslage in anderen Ländern. Sehr klar Roelli-Jaeger, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bd. II, Bern 1932, Art. 72 Anm. 38.

288 Dies ist mit ein Grund für Wussow (aaO S. 2330), ausländische Subrogationsvorschriften nicht anzuwenden.

289 *Internationalrechtliche Aspekte*, S. 22, 23.

sachgerechtere Lösung gegenüber derjenigen, die auf das Statut des Versicherungsvertrages abstellt, was sich aus folgenden Erwägungen ergibt: In erster Linie geht es zwar bei der Frage des Vorrechtes des Versicherers bzw. des Versicherungsnehmers darum, daß ein Rangverhältnis und damit eine Bevorrechtigung einer Seite geschaffen wird. Dies ist aber nicht die einzige Wirkung, die Kehrseite liegt für den Schädiger darin, der sich nunmehr zwei Ansprüchen gegenüber sieht, daß dieser evtl. von einem haftbar gemacht werden kann, wenn er unzulässigerweise den Rangniedereren zuerst befriedigt hat. Durch die teilweise Subrogation wird daher die Lage des Schuldners insofern verschlechtert, als diese für ihn unterschiedliche Folgen haben kann. Somit ist nach dem Grundsatz, daß durch die Subrogation die Stellung des Schuldners nicht verschlechtert werden soll, die Rangfolge zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer nach dem Recht des Begehungsortes zu beurteilen. Der Grund für die Anwendung dieser Rechtsordnung liegt demnach nicht in der Tatsache, daß der Schuldner (Schädiger) mehrere Gläubiger zu befriedigen hat, sondern daß dieses Rangverhältnis unter den Gläubigern am besten durch die Rechtsordnung geregelt werden soll, die die Forderung beherrscht (beim Versicherungsnehmer) bzw. beherrschte (bei der an sich erloschenen Forderung des Versicherers), die gegen den Schuldner geltend gemacht wird.

bb) Die Subrogation bei Gesamtschuldverhältnissen

Nach § 421 BGB liegt eine Gesamtschuld (echte Solidarität) dann vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder verpflichtet ist, die ganze Leistung zu bewirken, der Gläubiger sie aber nur einmal fordern kann, und zwar von jedem der Schuldner ganz oder teilweise²⁹⁰. Solche oder ähnliche Bestimmungen finden sich in fast allen Rechten, z. B. Art. 50, 148 OR. Im Einzelfall gibt es freilich von dieser Regel auch Abweichungen.

Wann im konkreten Fall eine Gesamtschuldnerschaft anzunehmen ist, kann nur aus den einzelnen zur Beurteilung stehenden Rechtsverhältnissen heraus beantwortet werden. Für die unerlaubte Handlung regelt im deutschen Recht § 840 Abs. 1 BGB die Gesamtschuldnerschaft, im schweizerischen Recht Art. 50 OR.

Die Frage des Rückgriffs eines Gesamtschuldners gegen einen oder die anderen Gesamtschuldner wird dann akut, falls vom Ersatzberechtigten nur einer in Anspruch genommen worden ist²⁹¹. Das wichtigste

290 Im Innenverhältnis besteht zwischen den Gesamtschuldnern in der Regel nur pro rata-Haftung.

291 Über einen angeblichen Fall der Subrogation bei unechter Gesamtschuld wurde eingangs bereits gesprochen. Wie ausgeführt, sieht Keller aaO bei den Schadensversicherern die Frage des Regresses unter dem Gesichtspunkt der (unechten) Gesamtschuld.

Beispiel der Gesamtschuld im Bereich der unerlaubten Handlungen ist die Haftung der Mittäter²⁹² und die des Geschäftsherrn neben dem Verrichtungsgehilfen²⁹³.

Wir gehen hier davon aus, daß sich die unerlaubte Handlung im Geltungsbereich des BGB ereignet. Maßgebende Ausgleichsvorschrift ist damit zunächst § 426 Abs. 1 BGB, es erfolgt im Regelfall daher Ausgleich zu gleichen Teilen. Zur Verstärkung dieser Ausgleichspflicht geht gem. § 426 Abs. 2 S. 1 BGB die Forderung des Gläubigers auf den Schuldner insoweit über, als dieser geleistet hat²⁹⁴. Soweit also die Forderung des Geschädigten in Frage steht, die auf den bezahlenden Schuldner übergeht, gibt es keine besonderen Probleme²⁹⁵. Da sich die unerlaubte Handlung nach dem Recht des Begehungsortes richtet, bestimmt diese Rechtsordnung auch, ob mehrere Beteiligte etwa Mittäter sind und als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden können²⁹⁶. Der Übergang der Forderung wird von der gleichen Rechtsordnung angeordnet, die auch auf die unerlaubte Handlung Anwendung findet. Sind die Mittäter oder einer von ihnen Ausländer, so hat dies also auf die Subrogation keinen Einfluß. Bei einem Verkehrsunfall, der durch einen ausländischen Fahrer mitverursacht worden ist, der nicht zugleich als Halter des Fahrzeuges anzusehen ist, richtet sich demnach die Subrogation nach §§ 17, 18 Abs. 3 StVG, die die Ausgleichspflicht etwas anders regeln als § 426 Abs. 1 BGB²⁹⁷, bei dem nämlich auf den Grad des jeweiligen Verschuldens abgestellt wird. Fraglich kann nur werden, ob eine haftungsbeschränkende Abrede eines Mitverantwortlichen mit dem Verletzten auch gegenüber einem anderen Haftenden wirkt, wenn sie z. B. vor Reisebeginn an einem Ort im Ausland abgeschlossen worden ist^{298, 299}. Da die Ausgleichspflicht eine selbständige Verpflichtung ist, die übergegangene Forderung aber damit nicht unmittelbar zusammenhängt —

292 Zur Mittäterschaft im IPR Wade, Joint tortfeasors and the conflict of laws, 6 Vand.L.Rev. 464 ff. (1953).

293 Ein weiterer wesentlicher Fall stellt nunmehr § 3 Nr. 2 PflichtversG dar, wonach Versicherer und ersatzpflichtiger Versicherungsnehmer dem Geschädigten gegenüber als Gesamtschuldner haften. Für das Innenverhältnis gilt § 3 Nr. 9 PflichtversG, der für den Fall des gesunden Versicherungsverhältnisses dem Versicherer allein den Schaden aufbürdet.

294 Vgl. auch Neumeyer, IVerwR II, S. 710 f.

295 Vgl. auch Guldener aaO S. 138 Anm. 22.

296 So auch Wade aaO S. 465 für das amerikanische Recht.

297 Bei Schiffskollisionen richtet sich die Ausgleichspflicht unter den beteiligten Reedern nach § 735 Abs. 2 HGB, soweit bei internationalrechtlich gelagerten Fällen nicht das Brüsseler Abkommen vom 23. 9. 1910 eingreift.

298 Die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechtes auf einen Auslandsunfall sei hier einmal beiseite gelassen.

299 Daß diese Abrede nach einem anderen Recht beurteilt werden kann, spielt keine Rolle.

sie wird ja aus der Stellung eines anderen abgeleitet —, kann nur die selbständige Ausgleichspflicht zum Zuge kommen, so daß sich der andere Gesamtschuldner nicht auf sie berufen kann³⁰⁰.

Was indes die eigene Deliktshaftung des Verrichtungsgehilfen angeht, so bestimmt sich diese unzweifelhaft nach der *lex loci delicti commissi*, denn insoweit ist er wie jeder andere Täter zu behandeln. Nach h. M.³⁰¹, insbesondere nach der Rechtsprechung³⁰², beurteilt sich auch die Haftung des Geschäftsherrn für die Delikte seines Angestellten nach dem Recht des Begehungsortes; die haftungsrechtliche Außenbeziehung sei für den Verletzten von weit größerer Bedeutung als das zwischen Geschäftsherrn und Angestelltem bestehende Verhältnis. Ausschlaggebend sei, wo der Repräsentant des Geschäftsherrn auftrete und in den Rechtskreis Dritter eingreife.

300 Im amerikanischen Recht wurde schon die Wirkung einer Enthaltungsklausel zugunsten eines anderen Mittäters anerkannt. Note: Releases in the conflict of laws, 60 Col.L.Rev. 522, 533 (1960).

301 Von Caemmerer, Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 24 (1959) 201 (217); Rigaux, Le statut de la représentation, *Leiden* 1963, S. 87; Kegel, *IPR*, S. 245; Raape, *IPR*, S. 585; Wolff, *IPR*, S. 166; Batiffol, *Traité*, Nr. 562 (S. 611); Venturini, *DIP*, S. 306; Goodrich, Conflict of laws, S. 278; Reese-Flesch, Agency and vicarious liability in conflict of laws, 60 Col.L.Rev. 764, 776 (1960); vgl. auch Ehrenzweig, Vicarious liability in the conflict of laws — toward a theory of enterprise liability under „foreseeable and insurable laws“, 69 *Yale L.J.* 978, 986 (1959-60); etwas abweichend Schnorr von Carolsfeld, Internationale Idealvereine, *ZVöR* 23 (1939) 111 (114 m. Anm. 15).

302 Deutschland: *ROHGE* 23, 174 (176) (Verrichtungsgehilfe); *ROHG*, 19. 1. 1878 — *SA* 33 Nr. 185 (Schachtmeister); *RGZ* 19, 382 (383) (Verrichtungsgehilfe); *RGZ* 29, 90 (96) (Haftung für Zwangsloten in Rußland abgelehnt); *RGZ* 37, 181 (182) (Haftung für Besatzung eines Schiffes); *RG*, 2. 5. 1900 — *JW* 1300, 477 (478) (Haftung der juristischen Person); *OLG Karlsruhe*, 27. 5. 1927 — *IPRspr.* 1928 Nr. 45 (Haftung nach § 831 BGB); *OLG München*, 6. 2. 1932 — *BayZ* 28 (1932) 380 (Kraftfahrer); *OLG Nürnberg*, 4. 1. 1934 — *IPRspr.* 1934 Nr. 26 (Haftung der juristischen Person); *OLG Saarbrücken*, 6. 6. 1956 — *VersR* 1957, 145 (146) (Kraftfahrer); *BGH*, 27. 6. 1957 — *VersR* 1957, 515 (Lotse); *BGH*, 11. 7. 1957 — *WM* 1957, 1047 (1051) (Verrichtungsgehilfe); *BGH*, 10. 6. 1960 — *VersR* 1960, 907 (Kraftfahrer, hier wurde aber im Prozeß die Anwendung deutschen Rechts vereinbart); *BAG*, 30. 10. 1963 — *NJW* 1964, 990 (991) (Montagearbeiter); Österreich: *OGH*, 7. 2. 1962 — *ZVR* 1962 Spruchbeilage Nr. 149 („deliktähnliche Verpflichtungsgründe“); Frankreich: *Cass.*, 18. 7. 1895 — *S.* 1895. 1. 305 (Kapitän); *Trib. de comm. de Cherbourg*, 17. 10. 1902 — *Clunet* 1903, 597 (Kapitän); *Cour d'appel de Rouen*, 28. 1. 1903 — *Clunet* 1903, 584 (Kapitän); *Cass.*, 15. 2. 1905 — *S.* 1905. 1. 209 (Kapitän); *Cour d'appel de Rouen*, 24. 12. 1912 — *Clunet* 1913, 1257 (Kapitän/Zwangslotse) — abweichend: *Cass.*, 4. 11. 1891 — *D.* 1892. 1. 405 (hier wird für die Haftung des Reeders für den Kapitän das Recht angewandt, das das Verhältnis Reeder-Kapitän regelt) und *Trib. de comm. de Marseille*, 21. 12. 1900 — *Clunet* 1901, 518 (der Reeder hat für den Kapitän nach dem Recht der Flagge einzustehen); Niederlande: Hof Amsterdam, 5. 6. 1914 — *W.* 9753 (Angestellter); *Rb Amsterdam*, 22. 6. 1931 — *N.J.* 1932, 325 (326) (Kraftfahrer); *Rb Dordrecht*, 13. 4. 1938 — *N.J.* 1938 Nr. 484 (Möhlenmeister); *H.R.*, 18. 6. 1943 — *N.J.* 1943 Nr. 483 (Lotse); *Rb Rotterdam*, 28. 11. 1947 — *N.J.* 1948 Nr. 637 (Dienstpersonal).

Haften nun also Geschäftsherr und Angestellter nach dem gleichen Recht, dann erfolgt der Ausgleich im Innenverhältnis ebenfalls nach dieser Rechtsordnung³⁰³. Liegt der Begehungsort in Deutschland, so sind beide als Gesamtschuldner anzusehen (§ 840 Abs. 1 BGB). Nimmt der Verletzte aus wirtschaftlichen Erwägungen den Geschäftsherrn ausschließlich in Anspruch, dann hat nach § 840 Abs. 2 BGB der Angestellte im Verhältnis zum Geschäftsherrn allein den Schaden zu tragen. Hat der Geschäftsherr dem Verletzten den Schaden ersetzt, wird er auch in die Rechte des Gläubigers (Verletzten) subrogiert (§ 426 Abs. 2 S. 1 BGB).

Die durch § 840 Abs. 2 BGB auferlegte Ausgleichspflicht kann aber dann auf Grund eines ausländischen Rechts entfallen oder modifiziert werden, wenn jene Rechtsordnung etwa infolge eines Arbeitsverhältnisses den Ausgleich bzw. Rückgriff des Arbeitgebers nicht zuläßt. Im deutschen Recht ist die sog. schadensgeneigte Tätigkeit ein solcher Fall³⁰⁴. Der Arbeitgeber kann dann im Innenverhältnis vom Arbeitnehmer keinen Ausgleich verlangen, wenn im Rahmen des vom Arbeitgeber zu vertretenden Betriebsrisikos³⁰⁵ der Arbeitnehmer einem Dritten einen Schaden zugefügt hat. Zu dessen Ersatz wäre ja an sich der Arbeitnehmer verpflichtet; denn es liegt auch eine Verletzung des Arbeitsvertrages vor. Liegt der Begehungsort außerhalb Deutschlands, so braucht die dort geltende Rechtsordnung das Institut der gefahrgeneigten Arbeit nicht zu kennen; den Ausschlag gibt hier das besondere kraft Vertrages zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehende Rechtsverhältnis. Rechtlich ist die Lage derjenigen ähnlich, wie sie bereits für die Enthauptungsklausel geschildert worden ist. Ein drittes Recht bestimmt darüber, ob ein von der *lex loci* gewährter Schadensersatzanspruch durchgesetzt werden kann oder ob diesem Anspruch kraft Parteiwillens (bei den Freizeichnungsklauseln) oder auf Grund sonstiger Verhältnisse (hier Betriebsrisiko³⁰⁶) irgendwelche Einwände entgegengesetzt werden können. Im praktischen Ergebnis läuft es auf dasselbe hinaus, ob man darin eine dem Arbeitnehmer zustehende Einrede erblickt³⁰⁷ oder ob bereits die Entstehung des Anspruchs verneint wird³⁰⁸.

303 So auch Williams, *Joint torts and contributory negligence*, London 1951, S. 136.

304 Über die international-privatrechtliche Seite Schnorr von Carolsfeld, *Probleme des internationalen Arbeitsrechts*, RdA 1958, 201 (208); Gamillscheg, *Internationales Arbeitsrecht*, Berlin-Tübingen 1959, S. 238, 239.

305 Die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts bleibt hier beiseite.

306 Vgl. Gamillscheg aaO S. 239; ders., *Les principes du droit du travail international*, Rev.crit. 1961, 482 f.

307 So Schnorr von Carolsfeld aaO S. 208.

308 In der amerikanischen Rechtsprechung taucht meist das umgekehrte Problem auf, nämlich die Gültigkeit von releases, die auf Betreiben des Arbeitgebers zu dessen Gunsten in den Arbeitsvertrag aufgenommen wurden. Siehe Note: Releases in the conflict of laws, 60 Col.L.Rev. 522, 531-532 (1960).

b) Forderungsübergang infolge öffentlich-rechtlicher Vorschriften

Im folgenden soll der Übergang von Forderungen auf einen Sozialversicherungsträger³⁰⁹ behandelt werden, die an sich dem Versicherten gegen dessen Schädiger zustehen. Die Sozialversicherung ist heute meist so ausgestaltet, daß in abhängiger Arbeit Stehende kraft Gesetzes der Sozialversicherung unterliegen. Die Versicherten schließen auch keine Versicherungsverträge mit einer in ihrer Wahl stehenden Gesellschaft ab, sondern sie haben Beiträge an einen bestimmten Sozialversicherungsträger zu entrichten, zu dem sie in einem hier nicht näher interessierenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis stehen³¹⁰. Sowohl die Höhe der Beiträge als auch die Leistungen des Sozialversicherers entziehen sich jeglicher Parteidisposition.

Wenn nun der Sozialversicherungsträger auf Grund eines Unfalles, den der Versicherte im Ausland³¹¹ erlitten hat, sei es ein Arbeitsunfall oder nicht, Leistungen zu erbringen bzw. bereits erbracht hat, gehen auf ihn die Ansprüche des Verletzten insoweit über, als die Leistungspflicht besteht. Diese Regelung ist in allen Sozialversicherungs- bzw. Unfallgesetzen anzutreffen: Deutschland: § 1542 RVO, § 77 Abs. 2 Angestelltenversicherungsgesetz³¹², §§ 94, 186 AVAVG, Österreich: § 332 ASVG, Schweiz: Art. 100 KUVG, Frankreich: Art. 397 Code de sécurité sociale (1956), Niederlande: Art. 95 Ongevallenwet, Art. 52 Ziektewet, Belgien: Art. 19 des Unfallgesetzes vom 24. 12. 1903.

Es fragt sich nun, ob diese Vorschriften auch durch ein ausländisches Gericht anzuwenden sind und auch angewandt werden und es daher insofern zu einer Gleichstellung zwischen privat- und öffentlich-rechtlicher Versicherung kommen kann. Zwar bestehen zwischen den einzelnen Staaten zahlreiche bilaterale Abkommen sozialversicherungsrechtlichen Inhalts, doch schweigen sie sich meist über die hier interessierende Frage aus. Eine Anerkennung des Forderungsüber-

309 Bei den Beamten ist die Rechtslage eine andere, da sie in Deutschland nicht der Sozialversicherung unterliegen. Die Legalzession wirkt im Beamtenrecht auch interlokalrechtliche Fragen auf, soweit sie von einem Landesbeamtenengesetz angeordnet wird.

310 Auf die Fälle, in denen zwar ein öffentlich-rechtlicher Zwang zum Abschluß eines Versicherungsvertrages besteht, in den USA etwa durch die workman's compensation acts für den Arbeitgeber, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es besteht hier eine ähnliche Lage wie bei der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung. Zum Recht der USA Ford, The liability of nonemployer tortfeasors under state workman's compensation statutes: A choice-of-law problem, 68 Yale L.J. 54 ff. (1958-59) insbes. S. 67 ff. Die in den workman's compensation statutes enthaltene Subrogation wird auch in den sister states anerkannt. Vgl. auch noch Hancock, Torts in the conflict of laws, S. 232.

311 Voraussetzung ist natürlich, daß die Sozialversicherung sich auf solche Unfälle erstreckt. Die noch immer bedeutendste Darstellung dieser Probleme findet sich bei Neumeyer, IVerwR II, S. 432 ff.

312 Im Beamtenrecht: § 87 a BBG.

gangs auf einen ausländischen Sozialversicherungsträger findet sich in Art. 53 des deutsch-griechischen Abkommens über die soziale Sicherheit³¹³. In der Mehrzahl der Fälle ist man jedoch meist nur auf die „Grundsätze“ des internationalen Privatrechts verwiesen und hat aus ihnen eine Lösung zu gewinnen.

Die Sozialversicherung deckt in Deutschland nicht den Sachschaden des Verletzten, sondern nur den Schaden, der im Zusammenhang mit der Verletzung des Körpers und des Lebens entsteht. Insofern besteht zur Privatversicherung ein durchgreifender Unterschied; denn im Bereich der Personenversicherung findet ein Übergang der Forderungen des Verletzten auf den Versicherer nicht statt³¹⁴. Hinsichtlich des Forderungsüberganges unterscheiden sich Privat- und Sozialversicherung im deutschen und österreichischen Recht auch darin, daß bei der Sozialversicherung der Forderungsübergang nicht davon abhängt, ob die Leistungen durch den Sozialversicherungsträger bereits erbracht worden sind, vielmehr geht mit seinem Entstehen der Schadensersatzanspruch des Verletzten auf den Sozialversicherungsträger über, soweit die Leistungspflicht besteht (§ 1542 RVO, § 332 ASVG). Wir haben hier eine Legalzession im eigentlichen Sinne. Ob daraus auch eine von der Subrogation unterschiedliche kollisionsrechtliche Behandlung resultiert, wird noch zu zeigen sein. Im Gegensatz zu § 1542 RVO gewähren andere Rechtsordnungen dem Sozialversicherungsträger kein durch Subrogation bzw. Legalzession abgeleitetes Recht, sondern einen originären Regreßanspruch, so z. B. Art. 95 Ongevallenwet. Ein wesentlicher Unterschied kann im Ergebnis darin nicht erblickt werden, da der originäre Regreßanspruch auf das gleiche Ziel gerichtet ist³¹⁵.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine unterschiedliche kollisionsrechtliche Anknüpfung von Subrogation und Legalzession gerechtfertigt und empfehlenswert ist. Für eine unterschiedliche Behandlung von Legalzession und Subrogation hat sich vor allem Guldener³¹⁶ eingesetzt. Die Zulässigkeit der Legalzession beurteile sich nach dem für die Beziehung Zedent — Zessionar maßgebenden Recht, weil ausschließlich im Hinblick auf diese Beziehung die Legalzession angeord-

313 Abgedruckt bei Plöger, Deutsche Sozialversicherungsabkommen mit ausländischen Staaten, Bd. V, Bad Godesberg 1964, XIX. Griechenland, S. 35. Für die Mitgliedstaaten der EWG ist auch Art. 52 der VO Nr. 3 vom 1. 1. 1959 (abgedruckt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1958, 585) von Bedeutung. Hierzu Salomonson, Nogmaals de subrogatie van een buitenlands risicodrager ex sociale verzekering, N.J.B. 1959, 301 ff.; ferner Dedieu, Marché commun et sécurité sociale des travailleurs migrants, Revue du Marché Commun 1959, 93 (99).

314 § 67 VVG, Art. 96 schweizer. VVG, Art. 55 französ. VVG.

315 Bei dem selbständigen Regreßrecht handelt es sich um einen Fall des Anspruchs auf Ersatz des mittelbaren Schadens.

316 Zession, Legalzession und Subrogation im internationalen Privatrecht, Aarau 1930.

net werde³¹⁷. Dagegen richte sich die Subrogation nach der Rechtsordnung des Begehungsortes, bzw. entscheide darüber das Verhältnis debitor cessus — Zedent³¹⁸; der Schuldner habe ein berechtigtes Interesse daran, nicht länger verpflichtet zu sein, als es das Recht der subrogierten Forderung anordne. Diese Argumentation übersieht aber, daß die Interessenlage bei der Legalzession von der bei der Subrogation sich durch nichts unterscheidet. Beide Fälle werden daher ohne inneren Grund ungleich behandelt; denn für die hier ins Auge gefaßten Fälle erfolgt der Forderungsübergang jeweils auf Grund des besonderen zwischen Zedent — Zessionar bestehenden Verhältnisses. Im übrigen wäre es nach der Argumentationsweise Guldener's angebrachter, die Legalzession der Beziehung debitor cessus — Zedent zu unterwerfen, da es für den Gläubiger wesentlich bedeutsamer ist, daß ihm mit Entstehen des Haftpflichttatbestandes die dem Recht der *lex loci* unterstehende Forderung „aus der Hand genommen wird“, als für den Schuldner die Leistung an einen Dritten (den Versicherer), der an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers tritt. Die unterschiedliche Behandlung von Subrogation und Legalzession ist daher für den Bereich des Kollisionsrechts abzulehnen, da dies Unterschiede betonen würde, wo wesensmäßig keine gemacht werden können. Würde man nämlich eine verschiedene Anknüpfung für die Subrogation und Legalzession gutheißen, so liefe dies bei den Fällen der Sozialversicherung darauf hinaus, daß bei einem Unfall in der Schweiz auf den deutschen bzw. österreichischen Sozialversicherungsträger nach § 1542 RVO bzw. § 332 ASVG³¹⁹ die Forderung des Verletzten auf diesen übergehen würde, nicht aber dann, wenn ein französischer Sozialversicherungsträger in Frage stünde, da Art. 100 KUVG auf diesen nicht anwendbar ist³²⁰. Auch würden die Subrogation des Privatversicherers und die Legalzession des Sozialversicherungsträgers unnötigerweise nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt werden, wenn die Subrogation in die Rechte des deutschen Geschädigten hinsichtlich des durch den Unfall erlittenen Sachschadens sich nach schweizerischem Recht richten würde, die Legalzession des Sozialversicherungsträgers aber nach deutschem Recht vonstatten ginge. Handelte es sich um einen französischen Sozialversicherungsträger und einen französischen Privatversicherer, wären die schweizerischen Vorschriften gar nicht anwendbar, bzw. müßten sie allenfalls analog angewandt werden; obwohl funktional die Sachlage nach deutschem wie nach französischem Recht die gleiche ist, käme man zu einer durch nichts gerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung.

317 Guldener aaO S. 103, 108.

318 Guldener aaO S. 136.

319 S. hierzu jetzt auch Schwind aaO S. 293 und Pichler, Skiunfall und internationales Privatrecht, 6JZ 1967, 511 (515).

320 Die von Guldener aaO S. 139 vorgeschlagene Lösung vermag nicht zu befriedigen und läßt die nötige Klarheit vermissen.

Inwieweit ist aber der Forderungsübergang auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften eines ausländischen Staates anzuerkennen? Eine einheitliche Meinung hat sich hierüber noch nicht gebildet³²¹. Weiter: Macht es überhaupt einen Unterschied, ob die Subrogation/Legazession vom öffentlichen Recht angeordnet wird?

Worauf die Gegnerschaft gegen die Anerkennung eines Forderungsüberganges zugunsten eines ausländischen Sozialversicherungsträgers vor allem beruht, ist der Umstand, daß der Übergang von einer ausländischen öffentlich-rechtlichen Vorschrift angeordnet wird. Im Hintergrund spielt hier der Gedanke eine gewichtige Rolle, daß ausländisches öffentliches Recht grundsätzlich nicht anzuerkennen sei. Es erscheint aber wenig überzeugend, allein daraus die Unzulässigkeit eines Forderungsüberganges kraft ausländischen Rechts ableiten zu wollen. Wir haben die gleiche Situation vor uns wie bei der Privatversicherung, wo weit weniger die Neigung besteht, eine durch ausländisches Recht vorgenommene Subrogation nicht zuzulassen. Entscheidend dafür, daß an diesem Punkt das Übergehen der Forderung auf den ausländischen Sozialversicherungsträger nicht scheitern sollte, ist der Gedanke, daß der Forderungsübergang keine enteignende Wirkung besitzt, sondern nur einem gerechten Interessenausgleich dient, vor allem aber, daß die Natur der übergehenden Forderung keine Änderung erfährt; die Forderung bleibt nach wie vor eine Schadensersatzforderung³²². Da Schadensersatzforderungen durchweg „mobil“, d. h. abtretbar sind (mit Ausnahme des Schmerzensgeldes³²³), werden insoweit keine Probleme aufgeworfen³²⁴. Daraus, daß die Forderung auf den Sozialversicherungsträger übergeht, tritt keine Bevorzugung dieser Forderung ein³²⁵, da der Forderungsübergang ja nur deshalb stattfindet, weil der Sozialversicherungsträger zur Leistung an den ursprünglichen Inhaber des Schadensersatzanspruches verpflichtet ist bzw. bereits an diesen geleistet hat. Der Forderungsübergang soll ja nur einen gerechten Ausgleich schaffen und eine Bereicherung des Geschädigten verhindern. Es kann mithin nicht die Rede davon sein, daß ein vom

321 Neumeyer, IVerwR II, S. 715 ff., hat wohl zuerst § 1542 RVO einer näheren internationalrechtlichen Betrachtung unterzogen. Seine Ausführungen sind Wussow aaO leider entgangen. Neumeyer aaO S. 714 hat plastisch von sog. Hilfsberechtigungen gesprochen.

322 Beim selbständigen Regreßrecht (vgl. auch Art. 469 Abs. 2 Code de sécurité sociale) ist es in dieser Hinsicht anders. Dieses ist aber gleichfalls als ein privatrechtlicher Anspruch anzusehen, der auf Ersatz des „mittelbaren“ Schadens gerichtet ist.

323 Vgl. § 847 Abs. 1 S. 2 BGB.

324 Neumeyer aaO S. 717 verlangt freilich, daß die Abtretung zugunsten eines Sozialversicherungsträgers von der *lex loci delicti commissi* vorgesehen sein müsse. Er verwechselt u. E. die Abtretbarkeit einer Forderung (also die abstrakte Mobilität derselben) mit der Frage, an wen abzutreten ist bzw. kraft Gesetzes abgetreten wird. Eine von der ersten durchaus verschiedene Frage.

325 Dies nimmt auch Neumeyer aaO S. 717 an.

ausländischen Recht bestimmter Forderungsübergang auf einen Sozialversicherungsträger schon prinzipiell im Inland nicht anzuerkennen ist ³²⁶. Praktische Schwierigkeiten allein, wie sie sich immer bei Regreßfragen finden, stellen noch keinen ausreichenden Grund dar, die Anwendung ausländischer Zessions- bzw. Subrogationsbestimmungen abzulehnen ³²⁷.

Ihre Zulässigkeit läßt sich insbesondere daraus entnehmen, daß sie lediglich privatrechtliche Wirkungen haben, die denen einer Subrogation des Privatversicherungsrechtes gleichkommen. Man kann natürlich auch den Gedanken der „internationalen Solidarität“ und „gegenseitigen Hilfe“ bemühen ³²⁸. Doch ist die Anrufung solcher allgemeiner Prinzipien der Völkergemeinschaft, wenn es um die Durchsetzung handfester Interessen geht, meist ein zu schwaches Argument, um wirklich zu überzeugen. Soweit überhaupt von einer Lehre gesprochen werden kann, setzt diese sich weitgehend dafür ein, den Forderungsübergang zugunsten ausländischer Sozialversicherungsträger bzw. deren selbständige Regreßrechte zuzulassen ^{329, 330}. Die Rechtsprechung ist zu der hier behandelten Frage spärlich; so gibt es z. B. keine einschlägige deutsche Entscheidung ³³¹. Eine gefestigte

326 Auch Maurer, Zum Regreßrecht der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 1 (1957) 215, 216, betont, daß der Regreßanspruch des Sozialversicherungsträgers zivilrechtlichen Charakter habe.

327 Diese spielen bei der Ablehnung ausländischer Legalzession durch Wussow aaO S. 2330 eine gewichtige Rolle.

328 Wie dies Slagter, Das Regreßrecht der Sozialversicherungsträger in Holland, Die Sozialversicherung 1964, 164 (167), tut (gekürzte deutsche Fassung von: Het regresrecht van de risicodragers krachtens sociale verzekeringswetten volgens nederlands internationaal privaatrecht, Verkeersrecht 1963, 169 ff.).

329 Neumeyer, IVerwR II, S. 717; Raape, IPR, S. 509 (unrichtig ist aber die Meinung Raapes, daß § 1542 RVO und Art. 100 KUVG übereinstimmen würden); Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, Nr. 541 (S. 435); Y.L. (Loussouarn), Note in Rev.crit. 1960, 72; Bredin, Note zu Cour d'appel de Besançon, 14. 5. 1959 — Clunet 1960, 784 790; Dedieu, Revue du Marché Commun 1959, 99; Wahle, VersR 1962, 1032; Bydlinski, Anm. zu OGH, 22. 4. 1960 — JBl. 1960, 604; Fenzl, ZVR 1961, 103; Slagter aaO S. 167; Smeets, Geen regres voor de Belgische verzekeraar volgens Ned. Ongevallenwet, N.J.B. 1959, 112 f.; Snijder, Het beroep van de verzekeraar op buitenlandse subrogatie bepalingen, N.J.B. 1959, 185 (187); wohl auch Salomonson aaO S. 301 ff. Es ist dabei freilich nicht zu vergessen, daß die Autoren in Einzelpunkten oft erheblich voneinander abweichen.

330 Ablehnend Wussow aaO S. 2330; Elsemer, Übergang des Schadensersatzanspruchs kraft Gesetzes, Die Sozialversicherung 1964, 257; Gitter, Haftungsausschluß und gesetzlicher Forderungsübergang bei Arbeitsunfällen im Ausland, NJW 1965, 1108 (1112).

331 Die Entscheidung des LG Hannover, 14. 2. 1957 — VersR 1958, 555 mit Anm. von Möring, VersR 1958, 855, geht nur auf das Problem einer Legalzession im interlokalen Bereich des Beamtenrechts ein. Einen interlokalen Fall hatte auch das Urteil des BayVGh, 4. 5. 1891 — BayVGHE 13, 76 zum Gegenstand, wobei es um die Ausgleichspflicht in der Krankenversicherung zwischen zwei Fürsorgeträgern ging. S. jetzt aber BGH, 26. 4. 1966 — VersR 1966, 662 = NJW 1966, 1620.

Linie läßt sich daher noch nicht nachweisen³³². Was das Schrifttum anlangt, so erschöpfen sich die Bemerkungen meist in der Behandlung einzelner Punkte oder stellen thesenartig gewisse Lösungsvorschläge zur Diskussion³³³. Da im Gegensatz zur Subrogation des Privatversicherungsrechts die Dinge noch unsicherer sind, empfiehlt es sich, die einzelnen Lösungsmöglichkeiten und Vorschläge einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Die Reihe der Vorschläge geht von der vorbehaltlosen Bejahung des Forderungsübergangs bis zu dessen konsequenter Ablehnung. Im großen und ganzen lassen sich folgende Gruppen bilden:

- (1) Vorbehaltlose Anwendung der ausländischen Vorschriften; Gleichstellung mit den privatrechtlichen Bestimmungen³³⁴.
- (2) Anwendung unter dem Vorbehalt, daß das Recht der Forderung bzw. des Forums eine „analoge“ Vorschrift enthält.
- (3) Grundsätzliche Ablehnung der Anwendung der ausländischen Vorschriften, aber privatrechtliche Zession des Geschädigten an den Sozialversicherungsträger möglich.
- (4) Pauschale Ablehnung, da ausländischen öffentlich-rechtlichen Vorschriften keine extraterritoriale Wirkung zukomme.

Zu (1): Dadurch, daß man ausländische Vorschriften über den Forderungsübergang zugunsten eines ausländischen Sozialversicherungsträgers anwendet, sind noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Welche Rechte auf den Sozialversicherungsträger übergehen, entscheidet die *lex loci delicti commissi*, da sie ja die Forderung des Geschädigten hinsichtlich Art und Ausmaß näher bestimmt. Daß sie auch die abstrakte Übergangsfähigkeit auf einen Dritten zu regeln hat³³⁵, wurde schon weiter oben ausgeführt. In welchem Umfang die Forderung des Geschädigten auf den Sozialversicherungsträger übergeht, ergibt sich aus der Rechtsordnung, die den Forderungsübergang anordnet, d. h. die auf das Sozialversicherungsverhältnis anzuwenden ist. Gerade in dieser Beziehung können sich aber Probleme bezüglich der Kongruenz zwischen den Leistungen, die der Sozialversicherungsträger zu erbringen hat, und denjenigen ergeben, die dem Schädiger nach der

332 Von der Rechtsprechung wird die Legalzession, Subrogation bzw. das Regreßrecht in folgenden Entscheidungen zugelassen: OGH, 22. 4. 1960 — SZ XXXIII Nr. 43 = JBl. 1960, 604; OGH, 7. 2. 1962 — ZVR 1962 Spruchbeilage Nr. 149; Trib.civ. de la Seine, 13. 3. 1963 — J.C.P. 1963 II 13 202 = Rev.crit. 1963, 573 m.N.v. Batiffol; BGE 39 II 77. — Abgelehnt wird sie von Cour d'appel de Besançon, 14. 5. 1959 — Clunet 1960, 778; Hof Amsterdam, 12. 4. 1921 — N.J. 1922, 801; Rb Middelburg, 26. 6. 1956 — N.J. 1957 Nr. 41; Hof 's Hertogenbosch, 2. 4. 1957 — N.J. 1958 Nr. 131.

333 Eine Ausnahme bildet die schon zitierte Arbeit von Slagter.

334 Das ist die hier vertretene Lösung.

335 Gleicher Ansicht Slagter aaO S. 168.

lex loci delicti commissi obliegen³³⁶. Die Art der Leistungen des Sozialversicherungsträgers bestimmt sich nach dem einschlägigen Sozialversicherungsgesetz und nicht nach der lex loci. Bemerkt sei aber, daß bei zwischenzeitlichen Verfügungen des Geschädigten über seinen Ersatzanspruch, der auf Grund einer erst später eintretenden Leistungspflicht auf den Sozialversicherungsträger gem. § 1542 RVO überginge, die Wirksamkeit derartiger Verfügungen zweifelhaft sein kann. Bevor die Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers eintritt, könnte der Geschädigte ja über die Forderung nicht nur nach der lex loci, sondern auch nach der auf das Sozialversicherungsverhältnis anwendbaren Rechtsordnung frei verfügen. Wie wirkt sich aber die Verfügung nach Eintritt der Leistungspflicht internationalrechtlich aus? Hat der Geschädigte etwa dem Schädiger die ihm bis zu diesem Zeitpunkt noch zustehende Forderung erlassen, so würden dadurch etwaige Machenschaften zwischen Verletztem und Schädiger nicht ausgeschlossen werden können³³⁷, wenn die Verfügung für wirksam gehalten wird. Um dies zu verhindern, wird z. T.³³⁸ die Auffassung vertreten, daß die potentielle Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers zum Übergang der Forderung genüge. Internationalprivatrechtlich ist die Sache so anzusehen, daß die vom Berechtigten zwischenzeitlich vorgenommene Verfügung als gültig zu erachten ist. Die Konstruktion eines Schwebezustandes oder einer Legalzession infolge potentieller Leistungspflicht kann sich nicht dahin gehend auswirken, daß der nach der lex loci haftende Schädiger gehindert werden kann, sich mit dem Geschädigten zu arrangieren, soweit dies nach beiden in Frage kommenden Rechtsordnungen als erlaubt anzusehen ist. Eine besondere Pflicht, solche Handlungen zu unterlassen, kann sich ohnehin nur aus dem Sozialversicherungsverhältnis ergeben; sie kann deshalb auch allein den Versicherten treffen. Eine Außenwirkung kommt ihr nicht zu. Der Sozialversicherungsträger kann daher allenfalls im Innenverhältnis zum Versicherten auf einer solchen Pflicht bestehen. Die Verletzung solcher Pflichten trifft folglich nur den Versicherten.

Es kann auch ferner vorkommen, daß der Sozialversicherungsträger u. U. mehr erhält, als ihm nach deutschem Recht zustehen würde. Die-

336 So gewährt das niederländische Zivilrecht keine Bestattungskosten, auch kann der Richter nach Art. 1406, 1407 BW bei der Festsetzung des Schadensersatzanspruchs die Vermögenslage der Parteien berücksichtigen. Damit ist u. U. eine Kongruenz zu verneinen.

337 Mit größeren Schwierigkeiten hatte das schweizerische Recht zu kämpfen, da Art. 100 KUVG prinzipiell als Subrogationsbestimmung und nicht als Legalzession aufzufassen ist. Man behilft sich im schweizerischen Recht hier mit der auch schon im deutschen Recht befürworteten (vgl. Seitz, Die Ersatzansprüche der Sozialversicherungsträger nach §§ 640 und 1542 RVO, 2. A., Berlin 1964, S. 98) „Theorie vom Schwebezustand“ (s. Maurer, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. A., Bern 1963, S. 344), wonach während dieses Zeitraums der Versicherte nichts tun dürfe, um diesen Anspruch zu vereiteln.

338 So Seitz aaO S. 99.

ser Fall tritt z. B. dann ein, wenn ein bei einem deutschen Sozialversicherungsträger Versicherter in Österreich als Teilnehmer des Straßenverkehrs verletzt wird. Nach § 158 c österr. VVG steht dem Verletzten die Möglichkeit offen, den Ersatzanspruch nach Pfändung und Überweisung gegen den Haftpflichtversicherer geltend zu machen. Gemäß § 158 c Abs. 4 österr. VVG braucht der Haftpflichtversicherer des Schädigers nicht einzustehen, wenn ein anderer Haftpflichtversicherer für den Versicherungsnehmer zu leisten hat. Der BGH³³⁹ zählt hierzu auch die Sozialversicherungsträger; für sie ist nach deutschem Recht ein Übergang der Forderung des Geschädigten nicht möglich³⁴⁰. Anderer Ansicht ist richtigerweise der österr. OGH³⁴¹, der diese Forderung des Verletzten auf den Sozialversicherungsträger übergehen und daher den Haftpflichtversicherer eintreten läßt. Damit erhält der Sozialversicherungsträger eine Rückgriffsmöglichkeit, die ihm in Deutschland nicht zustünde³⁴².

Ein weiteres Problem bildet die Rangfolge zwischen der auf den Sozialversicherungsträger übergehenden Forderung und der Restforderung des Geschädigten bzw. seines Versicherers, in die dieser subrogiert wurde, und einem beim Verletzten verbliebenen Anspruch auf Schmerzensgeld, der von § 1542 RVO ja nicht erfaßt wird. Die für die Doppelversicherung gemachten Lösungsvorschläge³⁴³ sind hier unanwendbar; denn diese sind auf die rein privatrechtliche Schadensversicherung beschränkt. Im deutschen Recht hat der Sozialversicherungsträger, wenn die Schadensersatzforderung nicht den gesamten Schaden deckt, ein Quotenvorrecht; im Privatversicherungsrecht ist es gerade umgekehrt, dort hat der Versicherte das Vorrecht vor dem Versicherer (Differenztheorie). Das Quotenvorrecht führt daher zu einer Benachteiligung des Geschädigten. Diesen Nachteil muß er auf sich nehmen, wenn die Schadensersatzforderung sich nach derselben Rechtsordnung richtet, der auch das Sozialversicherungsverhältnis unterliegt. Wird der Rechtsstreit in dem Staat geführt, in dem der Sozialversicherungsträger seinen Sitz hat, macht es keinen Unterschied, ob der zivilrechtliche Anspruch des Geschädigten vom inländischen oder ausländischen Recht beherrscht wird. Gilt aber das gleiche auch für ein ausländisches Forum³⁴⁴? Abgesehen davon, daß

339 BGHZ 7, 244 = VersR 1952, 366.

340 Vgl. jetzt § 158 c Abs. 4 (n. F.) deutsches VVG.

341 ZVR 1957 Spruchbeilage Nr. 7.

342 Der OGH hat dies zwar in seiner Entscheidung vom 7. 2. 1962 — ZVR 1963 Spruchbeilage Nr. 149 nicht ausdrücklich gebilligt, weil sich der Unfall in Italien ereignet hatte und § 158 c VVG für nicht anwendbar erachtet wurde. Aus dem Urteil selbst ist aber nicht ersichtlich, daß bei Anwendbarkeit des § 158 c VVG der Übergang der Forderung auf einen deutschen Sozialversicherungsträger verneint würde.

343 Vgl. insbesondere Keller, Internationales Versicherungsvertragsrecht, S. 55-58.

344 Letztere Sachlage liegt der Entscheidung des OGH vom 7. 2. 1962 — ZVR 1963 Spruchbeilage Nr. 149 zugrunde.

das Quotenvorrecht auf schwachen Füßen steht und von einem anderen Staat nicht erwartet werden kann, daß der Sozialversicherungsträger rangmäßig vor den Geschädigten gestellt wird, muß zum Ausgangspunkt die Erwägung genommen werden, daß ein dritter Staat in erster Linie die zivilrechtliche Wiedergutmachung des Verletzten im Auge zu behalten hat, also den Anspruch des Verletzten als primär und den Übergang der Forderung auf den Sozialversicherungsträger nur als sekundäres Moment zu berücksichtigen hat. Der Richter eines ausländischen Forums hat sich demnach in erster Linie an der „réparation intégrale“ des Geschädigten zu orientieren. Dadurch, daß der Verletzte sozialversichert ist, soll diesem kein Nachteil entstehen, falls das Forum das Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers nicht anerkennt.

Ist die Rückgriffsmöglichkeit des Sozialversicherungsträgers als selbständiges Regreßrecht ausgestaltet wie nach Art. 95 Ongevallenwet, so fragt es sich, ob von der bisher skizzierten Lösung abzugehen ist. Das Regreßrecht des Art. 95 Abs. 1 Ongevallenwet ist kein abgeleitetes Recht wie bei der Legalzession des § 1542 RVO. Es erfährt aber doch insofern eine gewisse Gleichstellung mit ihr, als Einreden, die dem Schädiger gegen den Geschädigten zustehen, auch gegenüber dem Sozialversicherungsträger erhoben werden können (etwa Mitverschulden des Geschädigten³⁴⁵). Das Verhältnis zwischen dem selbständigen Regreßrecht des Sozialversicherungsträgers und dem Schadensersatzanspruch des Verletzten ist so gestaltet, daß sich der privatrechtliche Schadensersatzanspruch um den Betrag mindert, der dem Verletzten auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen gewährt worden ist³⁴⁶. Damit tritt als Korrelat zum Regreßrecht eine Kürzung der Schadensersatzforderung des Verletzten ein³⁴⁷. Diese ergreift wohl auch solche Schadensersatzansprüche, die dem ausländischen Recht unterliegen, wenn ein Versicherungsfall nach der Ongevallenwet eingetreten ist. Für ein niederländisches Forum dürfte dies als zweifelnsfrei anzusehen sein. Im übrigen ist das Regreßrecht auf den Betrag der zivilrechtlichen Forderung auf Schadensersatz beschränkt³⁴⁸. Im Ergebnis entspricht somit das selbständige Regreßrecht der Legalzession und Subrogation. Hinsichtlich der Kongruenzfrage besteht aber zum Forderungsübergang ein tiefgreifender Unterschied. Das Regreßrecht kann nämlich auch für solche Leistungen in Anspruch genommen werden, auf die nach niederländischem Zivilrecht kein Anspruch besteht, etwa für Begräbniskosten, die nach Art. 19 Ongevallenwet

345 Vgl. Slagter aaO S. 165.

346 Slagter aaO S. 165.

347 Art. 95 Abs. 2 Ongevallenwet. Theoretisch stellt sich diese Kürzung als die Begründung zweier selbständiger Forderungen dar. Im Gegensatz dazu steht § 1542 RVO, bei dem nur eine Aufspaltung des inhaltlich gleichen Forderungsrechtes eintritt.

348 Slagter aaO S. 164.

ersetzt werden³⁴⁹. Die Einteilung der Regreßforderung in das Schema der zivilrechtlichen Schadensposten ist daher nicht in vollem Umfang durchführbar. Die Regreßforderung des Art. 95 Abs. 1 Ongevallenwet steht mithin — in den Worten der deutschen Terminologie gesprochen — der absoluten Theorie des versicherungsrechtlichen Zessionsrechts nahe, da der Sozialversicherungsträger seine Aufwendungen im Wege des selbständigen Regreßrechtes immer verlangen kann, soweit die Schadensersatzforderung hierfür ausreicht.

Ist Art. 95 Ongevallenwet demnach in Deutschland anwendbar? Ob Kongruenz vorliegt oder notwendig ist, bestimmt sich nach der Rechtsordnung, der das Versicherungsverhältnis unterliegt, folglich nach niederländischem Recht. Es bleibt noch die Frage der Rangordnung der Regreßforderung. Da die niederländische Sozialversicherung auch Schäden deckt, die zivilrechtlich nicht ersatzfähig sind, rechtfertigt es sich, den Regreßanspruch in der Höhe der geleisteten Zahlungen bestehen zu lassen³⁵⁰.

Zu (2): Meist wird bei Unfällen in dem Land geklagt, in dem der Unfall sich ereignet hat; denn neben dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung³⁵¹ wird sich oft auch der Wohnsitz des Schädigers in jenem Staat befinden. Forum und Begehungsort fallen daher in vielen Fällen zusammen. Daraus erklärt sich auch das Bestreben gewisser Autoren³⁵², das Recht des Forums bzw. des Begehungsortes mindestens insoweit zur Geltung zu bringen, als sie für die Anwendung einer ausländischen Subrogations- oder Zessionsvorschrift eine analoge Bestimmung des Forums bzw. der *lex loci* fordern, die in ähnlichen Fällen den Sozialversicherungsträger zum Rückgriff gegen den Schädiger ermächtigt.

Diese Theorie krankt jedoch daran, daß sie oft eine Analogie annimmt, wo im Grunde gar keine besteht. Es ist zwar heute fast zum Gemeingut des Sozialversicherungsrechts zu rechnen, daß der Sozialversicherungsträger, sofern er zur Leistung verpflichtet ist bzw. sie bereits erbracht hat, beim Schädiger Rückgriff nehmen kann. Allein ein derartiger allgemeiner Rechtsgedanke begründet noch lange keine Analogie der betreffenden Rechtssätze. Es ist daher verfehlt, von vornherein von einer analogen Anwendung der inländischen Vor-

349 Slagter aaO S. 164.

350 Dies kommt der von Prölss, *Internationalrechtliche Aspekte*, S. 22, 23 vertretenen Auffassung für das Privatversicherungsrecht nahe, wo die Frage der Rangordnung der Rechtsordnung entnommen wird, die den Versicherungsvertrag beherrscht.

351 Z. B. Art. 59 C.p.c.

352 Zuerst wohl Neumeyer, *IVerwR* II, S. 717, bereits auf S. 714 ist dies kurz angedeutet. Neumeyer verlangt, daß § 1542 RVO dann auch für ausländische Fürsorgeeinrichtungen in Frage komme, wenn die *ratio legis* die gleiche sei. Raape, *IPR*, S. 509 wendet die inländische Vorschrift auf den ausländischen Sozialversicherungsträger entsprechend an. Im Ergebnis ebenso Schnorr von Carolsfeld, *Arbeitsrecht*, S. 53 Anm. 4.

schriften zu reden. Art. 100 KUVG mit § 1542 RVO gleichsetzen zu wollen, ist ein Unding. Erstens sind die von Art. 100 KUVG erfaßten Ansprüche nicht diejenigen, die § 1542 RVO ergreift, und zweitens wird in Art. 100 KUVG streng genommen der Sozialversicherungsträger in die Rechte des Verletzten subrogiert.

Zieht man Art. 95 Ongefallenwet heran, versagt ohnehin die „analoge“ Anwendung der Zessionsvorschriften. Die Betrachtungsweise, die schon eine oberflächliche, phänomenologische Koinzidenz der Institutionen der Analogie gleichsetzt, wirft noch weit schwierigere Probleme auf, als dies bei der Anwendung der ausländischen Vorschriften der Fall ist. Gehen z. B. auf Grund von § 1542 RVO Ansprüche auf den Sozialversicherungsträger über, die nur teilweise von Art. 100 KUVG erfaßt werden, dann muß die Frage nach dem, was mit den nach § 1542 RVO übergegangenen Restansprüchen geschieht, gestellt werden. Eine analoge Anwendung der inländischen Vorschriften kompliziert also nur die Frage, statt sie zu vereinfachen. Gegen sie spricht auch der Grundsatz des Entscheidungseinklangs. Diesem wird man dann am besten gerecht, wenn der Übergang von Forderungen auf den Sozialversicherungsträger nach dem auf das Verhältnis Zedent — Zessionar anzuwendenden Recht bestimmt wird.

Zu (3): Teilweise³⁵³ wird auch die Ansicht vertreten, daß zwar der auf ausländischem Recht beruhende Forderungsübergang nicht anzuerkennen sei, der Sozialversicherungsträger jedoch die Möglichkeit habe, sich die Forderung des Geschädigten abtreten zu lassen bzw., falls der Geschädigte sie bereits eingezogen habe, von diesem nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangen könne. An Stelle des gesetzlichen Forderungsüberganges trete hier also eine vertragliche Zession oder ein etwaiger Bereicherungsanspruch.

Eine privatrechtliche Zession ist dann möglich, wenn der Zedent auch die Verfügungsbefugnis über die Forderung hat. Dies ist aber im Verhältnis Zedent — Zessionar gerade nicht der Fall; denn die Verfügungsbefugnis ist durch die im Verhältnis Zedent — Zessionar wirksame Legalzession durch § 1542 RVO dem Zedenten genommen worden. Der Zessionar erhält also durch eine solche „Abtretung“ nichts; das, was ihm abgetreten werden soll, hat er bereits. Die „Abtretung“ kann daher allenfalls als ein Inkassomandat angesehen werden, dem aber die eigentliche Außenwirkung fehlt. Im Verhältnis zum außenstehenden Schädiger ist der Forderungsübergang nicht vollzogen, der Geschädigte ist insoweit noch als verfügungsbefugt zu betrachten. Damit entsteht eine zur Erfüllungsübernahme des deutschen Rechts genau spiegelbildliche Lage, bei der auch nur rein intern

353 Wussow aaO S. 2330; ohne nähere Begründung Elleser aaO S. 257.

ein Wechsel erfolgt, nach außen jedoch alles beim alten bleibt³⁵⁴. Die Stellung des Schuldners wird nicht verändert, der Geschädigte bleibt nach wie vor Gläubiger der Forderung. Ein Gläubigerwechsel findet nur dann statt, wenn man die Verfügungsbefugnis nach dem Recht, dem die Schadensersatzforderung unterliegt, beurteilt. Diese Lösung ist aber deshalb abzulehnen, weil dann die gesamten Schwierigkeiten (z. B. Notifikation) der vertraglichen Zession mit ins Spiel kommen, und sie damit wenig praktikabel ist. Vermieden werden solche Unzuträglichkeiten, wenn es beim reinen Internum bleibt, die Legalzession also allein gegenüber dem Geschädigten ihre Wirkung entfaltet. Hat nun der Geschädigte die ihm zustehende Forderung eingetrieben, dann würde zwar kein kollisionsrechtliches Problem mehr auftreten, aber weit schwierigere praktische Fragen, so z. B., wenn der Geschädigte von der empfangenen Summe nichts mehr hätte. Die Abtretungs- bzw. Bereicherungskonstruktion leidet insbesondere auch daran, daß sie auf ein selbständiges Regreßrecht nicht anwendbar ist. Sie stört auch die Entscheidungsharmonie, wenn man seine Betrachtung einmal über § 1542 hinaus lenkt. Sie ist wie die Lösung (2) abzulehnen. Im Einzelfall vermag sie freilich bisweilen besser zu befriedigen als Lösung (2).

Zu (4): Daß von einer extraterritorialen Wirkung ausländischen öffentlichen Rechts nur in sehr beschränktem Umfang gesprochen werden kann, wurde schon eingangs erwähnt³⁵⁵. Es ist zudem wichtig, daß es nicht allein darauf ankommen kann, ob die Anwendung eines ausländischen Rechtssatzes des öffentlichen Rechts in Frage steht. Bedeutsam ist vielmehr, im Einzelfall festzustellen, welchen Zwecken die betreffenden Vorschriften dienen sollen. Die Bestimmungen, die einem Interessenausgleich privatrechtlicher Art dienen, haben keinen engen Konnex zum öffentlichen Recht, auch wenn sie organisatorisch in dieses eingebettet sind. Ihre Anwendung nur deshalb ablehnen zu wollen, weil ihre Rechtsgrundlage dem öffentlichen Recht zuzuzählen ist, erscheint unberechtigt und heute nicht mehr vertretbar zu sein.

Von einer gewissen Berechtigung der Ablehnung eines durch das ausländische Recht angeordneten Forderungsübergangs könnte man bei der Legalzession des § 87 a BBG³⁵⁶ reden. Dazu kommt noch, daß in manchen Ländern vergleichbare Bestimmungen nicht existieren. Soweit ersichtlich, hat sich bisher nur eine Entscheidung mit der Frage

354 Zur internationalprivatrechtlichen Seite der Erfüllungsübernahme Briner, Die Schuldübernahme im schweizerischen Internationalprivatrecht, Diss. Zürich 1947, S. 69 f.; Rabel, *Conflict of laws*, vol. III, S. 444.

355 S. auch Slagter aaO S. 167.

356 Die Landesbeamtengesetze enthalten entsprechende Bestimmungen. Interlokalrechtlich kann es also sein, daß eine andere Zessionsvorschrift Anwendung findet als diejenige, die das Landesbeamtengesetz des Unfallortes enthält. S. die Entscheidung des LG Hannover VersR 1958, 555 m. abl. Anm. v. Möring aaO S. 855. Es handelt sich um einen Unfall einer im nordrhein-westfälischen Staatsdienst stehenden Lehrerin in Niedersachsen; es wurde die niedersächsische Zessionsbestimmung des dortigen Beamtengesetzes angewandt.

der Legalzession im Beamtenrecht beschäftigt. Im Jahre 1921 hatte der Hof Amsterdam ³⁵⁷ über einen Eisenbahnunfall bei den niederländischen Staatseisenbahnen zu entscheiden, bei dem zwei deutsche Postbeamte Verletzungen erlitten. Der deutsche Staat hatte den beiden Postbeamten Leistungen erbracht, die er nunmehr infolge der Legalzession gegen die niederländischen Staatseisenbahnen geltend machen wollte. Das Gericht war der Ansicht, daß sich der Forderungsübergang nach niederländischem Recht beurteile; denn für die Frage des Forderungsüberganges sei die *lex loci delicti commissi* maßgebend. Da das niederländische Recht aber einen solchen Übergang von Forderungen zugunsten des staatlichen Dienstherrn nicht kennt, wies es die Klage ab ³⁵⁸. Es gründet seine Entscheidung also auf die oben genannte Lösungsmöglichkeit (2). Der Forderungsübergang wurde jedoch nicht deshalb abgelehnt, weil die in Frage stehende Zessionsbestimmung öffentlich-rechtlichen Charakter hatte. Hätte demnach die gleiche Legalzession im niederländischen Recht bestanden, hätte das Gericht wahrscheinlich nicht gezögert, die ausländische Legalzession anzuerkennen.

Es ist in der Tat die Frage berechtigt, ob zwischen einem Sozialversicherungsträger und einem öffentlichen Dienstherrn in dieser Hinsicht überhaupt ein Unterschied gemacht werden soll. Dieser erbringt genauso Leistungen wie der Sozialversicherungsträger oder eine private Versicherung. Auch wird der auf ihn übergehende Anspruch nicht zu einem öffentlich-rechtlichen, sondern bleibt privatrechtlicher Natur. Es empfiehlt sich, auch insofern eine Gleichstellung mit den Ländern vorzunehmen, in denen die Beamten der Sozialversicherung unterliegen, wie etwa in Frankreich ³⁵⁹. Es wäre ungerechtfertigt, könnte der französische Sozialversicherungsträger seinen auf ihn übergegangenen Anspruch in Deutschland geltend machen ³⁶⁰, nicht aber ein Land der Bundesrepublik bzw. diese selbst denjenigen Anspruch, der infolge § 87 a BBG (oder einer entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift) auf den Dienstherrn übergegangen ist.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß sowohl für das Privatversicherungsrecht wie das Sozialversicherungs- und Beamtenrecht die Möglichkeit eines Forderungsüberganges bzw. eines selbständigen Regreßrechtes sich jeweils nach der Rechtsordnung entscheidet, die auf die Beziehung Zedent — Zessionar anwendbar ist ³⁶¹.

357 12. 4. 1921 — N.J. 1922, 801. Zu dieser Entscheidung vgl. besonders Rabel, *Conflict of laws*, vol. III, S. 437 f.; Sauveplanne aaO S. 418.

358 Rabel aaO S. 438 nennt die Argumentation des Gerichts ein „naive reasoning“.

359 Vgl. Plantey, *Traité de la fonction publique*, Paris 1956, S. 243 ff.

360 In BGH, 26. 4. 1966 — VersR 1966, 662 = NJW 1966, 1620 ist der Übergang von Ansprüchen eines französischen Beamten jetzt anerkannt worden.

361 Rabel aaO S. 435, 436: „This is the law governing the contractual or legal relationship between the payor and the creditor, not the law governing the principal debt. Courts sensed it better than some writers.“

Diese Lösung führt auch zu einem, freilich noch hypothetischen Entscheidungseinklang, der mit den anderen Lösungsvorschlägen nicht erreicht werden kann.

3. Vertrag zugunsten Dritter — Drittschadensliquidation

Fast allen Rechtsordnungen ist gemeinsam, daß die rechtliche Position eines zum Vertrag in mehr oder weniger enger Verbindung stehenden Dritten noch nicht besonders geklärt ist³⁶². Eine verwirrende Zahl von Lösungen wird hierzu angeboten. Die internrechtlichen Probleme der einzelnen Rechtsordnungen können natürlich hier nicht behandelt werden. Es soll lediglich untersucht werden, ob aus der Tatsache, daß ein Dritter in den Wirkungsbereich eines Schuldverhältnisses miteinbezogen ist, auch Folgerungen für das internationale Privatrecht zu ziehen sind. Eine Frage, die bisher noch keiner Erörterung für würdig befunden worden ist. Die Betrachtungsweise wird hier notwendigerweise eine kursorische sein, da eine umfassende Behandlung dieses Fragenkreises über das Ziel dieser Arbeit hinausgeht. Auch sollen im wesentlichen nur die Berührungspunkte, die sich mit dem Deliktsrecht ergeben, erörtert werden, wie z. B. beim Versendungskauf; mit in diesen Zusammenhang gehört ferner die Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher.

Als Basis der folgenden Ausführungen soll der Grundsatz gelten, daß das Deliktsrecht immer dann einzuspringen hat³⁶³, wenn es darum geht, einem Dritten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen, falls andere Rechtsgrundlagen (etwa Vertrag) hierbei versagen, weil der Kreis der von ihm erfaßten Personen in der Regel weiter geht als etwa beim Vertrag, auch wenn dieser u. U. als Vertrag zugunsten Dritter anzusehen ist. Derjenige Personenkreis, der in einer „sozialen Verstrickung“³⁶⁴ mit dem betreffenden Vertrag steht, wird oft nicht mehr von dessen rechtlich relevantem Wirkungsbereich ergriffen.

a) Vertrag zugunsten Dritter³⁶⁵ bzw. Drittschadensliquidation

Ob echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter, es ist hier grundsätzlich davon auszugehen, daß nur das Vertragsstatut darüber entscheiden kann, wann ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt und welche Wirkungen ihm zukommen³⁶⁶. Vertragsstatut ist hier die Rechtsordnung, die über das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien herrscht. Dadurch, daß der Dritte durch den Vertrag ein selbstän-

362 Vgl. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. II, Berlin-Tübingen 1958, S. 267 ff.

363 Vgl. Wahl, Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht, S. 215.

364 Wahl aaO S. 216.

365 Seltsamerweise wird dieser Vertragstyp vom deutschen Schrifttum des internationalen Privatrechts nicht einmal erwähnt.

366 Niboyet, Traité, vol. V Nr. 1416 (S. 121); Batiffol, Traité, Nr. 619 (S. 632); Venturini, DIP, S. 163.

diges Forderungsrecht erlangt, wird er noch nicht zur Vertragspartei. Das Vertragsstatut bestimmt auch, ob der Dritte, dem durch den Vertrag ein Recht eingeräumt wird, zustimmen muß; ferner, welchen Umfang das ihm gewährte Recht hat, des weiteren, ob er selbst aus dem Vertrag berechtigt oder nur begünstigt wird³⁶⁷, und ob das dem Dritten zugewendete bzw. für ihn begründete Recht wieder rückgängig gemacht werden kann.

Die Lösung über den Weg des Vertrages zugunsten Dritter zu suchen, ist im deutschen Recht vor allem im Hinblick auf die Gehilfenhaftung vorteilhafter, da die Möglichkeit des Exkulpationsbeweises des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entfällt. Auf der anderen Seite wirkt eine im Vertrag vereinbarte Freizeichnung auch gegenüber dem Dritten (§ 334 BGB): Wird demnach ein durch den Vertrag geschützter Dritter verletzt, so kann er aus Vertrag gegen den Anspruchsgegner vorgehen. Ist die Verletzung zugleich eine unerlaubte Handlung, dann hat er neben dem vertraglichen noch einen deliktischen Anspruch, zwischen denen er wählen kann. Erfolgt die Vertragsverletzung im Ausland, dann gilt, was an anderer Stelle zur Anspruchskonkurrenz bereits ausgeführt worden ist.

Interessant wird jedoch die Problematik dann, wenn zwar der Dritte einen Schaden erleidet, aber nicht mehr vom Schutzbereich des Vertrages erfaßt wird.

Man kann die Fälle des Vertrags zugunsten Dritter mehr oder weniger auch als Fälle der Drittschadensliquidation konstruieren³⁶⁸, was umgekehrt jedoch nicht möglich ist. Der wesentliche Unterschied zwischen Vertrag zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation besteht indes darin, daß der Vertrag zugunsten eines Dritten eben auf Parteivereinbarung beruht, während die Drittschadensliquidation die objektiv eingetretene Schadensverlagerung berücksichtigt, d. h. in den Fällen, in denen der Schaden bei einem anderen eintritt als bei demjenigen, dem an sich ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, der aber selbst keinen Schaden erlitten hat.

Da hier besonders die Beziehungen zum Deliktsrecht hervorgehoben werden sollen, ist auch nicht auf alle Fälle³⁶⁹, in denen dem Dritten mit der Drittschadensliquidation geholfen werden kann, einzugehen.

Für die hier zu behandelnden Fälle ist insbesondere auf den Verwendungskauf zu verweisen, der nunmehr einer näheren Betrachtung

367 Hierzu Ryser, Der Versicherungsvertrag im internationalen Privatrecht, S. 112-114; Diena, *Tratt.dir.comm.int.*, vol. II, S. 540 ff. Das gleiche gilt für die Versicherung für fremde Rechnung. Über die versicherungsrechtliche Begünstigungsklausel OG Zürich, 24. 1. 1912 — SVA III Nr. 232 = BIZR 1913 Nr. 201.

368 Vgl. Lange, Zur Abgrenzung des Vertrages zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation, Diss. Berlin 1956, S. 46.

369 Über die einzelnen Fallgruppen bei von Caemmerer, Das Problem des Drittschadens, ZHR 1964, 241 (254 ff.).

unterzogen werden soll³⁷⁰. Die sachenrechtliche Seite des Versendungskaufes kann nämlich dazu führen, daß trotz einheitlichen Vertragsstatuts zwei verschiedene Rechte anzuwenden sind, einmal die *lex contractus* und zum anderen die *lex rei sitae*. Die Wirkung des Auseinanderfallens von Schuld- und Sachstatut kann darin bestehen, daß für die Frage des Gefahrenüberganges und damit auch für die Drittschadensliquidation von den normalen Regeln abgewichen werden muß. Nach deutschem Recht kommt eine Drittschadensliquidation beim Versendungskauf dann in Betracht, wenn die Kaufsache durch fremde Einwirkung beschädigt wird oder untergeht. Da nach § 447 BGB die Preisgefahr mit der Versendung auf den Käufer übergeht, dieser aber noch nicht Eigentümer geworden ist, weil eine Übergabe der Sache an ihn noch nicht erfolgt ist, tritt hierbei eine Verlagerung des Schadens ein. Dieser Gefahr- und Schadensverlagerung begegnet man dadurch, daß der durch die Beeinträchtigung entstandene Schaden dem Käufer ersetzt wird, weil der Verkäufer zwar selbst die formale Stellung des Anspruchsberechtigten hat, ihm jedoch deshalb kein Schaden entstanden ist, weil er ja gegenüber dem Käufer den Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises hat. Diesen Ersatzanspruch hat normalerweise der Verkäufer für den Käufer geltend zu machen³⁷¹, was vor allem dann gerechtfertigt ist, solange der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist.

Wie stellt sich die Sachlage nun dar, wenn Vertrags- und Sachstatut auf eine unterschiedliche Rechtsordnung verweisen?

Bei einheitlichem Schuldstatut ergibt sich hierbei folgendes: Befindet sich die versandte Sache, die nach Frankreich verbracht werden soll, in Deutschland und liegt dem Kaufvertrag deutsches Recht zugrunde, dann richtet sich der Gefahrübergang nach deutschem Recht; denn das deutsche Recht bestimmt als Schuldstatut, zu welchem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer übergeht. Demnach ist mit Übergabe der Sache an die Versendungsperson die Gefahr auf den Käufer übergegangen. Wird nun die Sache auf dem Transport in Deutschland beschädigt oder vernichtet, so steht dem Käufer gegen den Schädiger an sich kein Anspruch auf Schadensersatz zu, da er noch nicht Eigentümer der Kaufsache geworden ist; der Eigentumserwerb richtet sich nach der *lex rei sitae*, also dem deutschen Recht, das aber mangels Übergabe der Sache an den Käufer noch keinen Eigentumserwerb eintreten ließ. Ein vertraglicher Anspruch gegen Schädiger käme nur dann in Frage, wenn der Schädiger kraft Vertrages — hier infolge eines Vertrags zugunsten Dritter — haften würde. Dies ist aber nicht ohne weiteres der Fall (vgl. § 435 HGB) und scheidet dann schon aus, wenn ein anderer als der Frachtführer (oder dessen Leute) die Sache

370 Die Problematik des Vertragsabschlusses bleibt hier natürlich außerhalb der Betrachtungen.

371 Weitere Lösungsmöglichkeiten können nicht erörtert werden.

beschädigt hat. Da also der Käufer noch nicht Eigentümer der Sache ist, steht ihm auch kein Schadensersatzanspruch aus Delikt zu, doch wird durch die Drittschadensliquidation der Käufer gegenüber dem Verkäufer so angesehen, wie wenn er bereits Eigentümer der Sache wäre. Diese „obligatorische Eigentumszuweisung wird schadensersatzrechtlich anerkannt“³⁷². Man begegnet hier schon rein internrechtlich einer Annäherung des Traditionsprinzips (§ 929 BGB) an das Konsensprinzip (Art. 1138 C.c.). Die Möglichkeit einer Liquidation des Drittinteresses richtet sich demnach hier nach deutschem Recht, das sowohl Deliktsstatut³⁷³ als auch Vertragsstatut ist, doch steht dem Käufer selbst kein eigener Anspruch gegen den Schädiger zu.

Wird die Sache in Frankreich beschädigt, also auf dem Weg zum französischen Empfänger, so ist die Lage eine völlig andere. Mit Grenzüberschreitung wird nämlich der Käufer Eigentümer³⁷⁴; nunmehr entscheidet das französische Recht als *lex rei sitae* darüber, ob der Käufer Eigentümer der Sache ist (Statutenwechsel durch Verbringung der Sache in ein anderes Rechtsgebiet). Auf den Parteiwillen kann es hier nicht ankommen. Im übrigen hat der Verkäufer nach der Versendung auch in der Regel kein besonderes Interesse mehr an der Sache. Der Käufer hat jetzt also einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger, einer Liquidation des Drittinteresses bedarf es daher gar nicht mehr.

Ist umgekehrt eine Sache von Frankreich aus nach Deutschland zu versenden und unterliegt der Kaufvertrag dem französischen Recht, dann wird der deutsche Käufer bereits mit Abschluß des Vertrages Eigentümer (Art. 1138 Abs. 2 C.c.). Allerdings geht mit diesem Zeitpunkt auch auf ihn die Gefahr über und nicht erst mit Aushändigung der Sache an den Frachtführer. Bei einer Beschädigung der Sache in Frankreich hat somit der deutsche Käufer einen direkten Anspruch gegen den Schädiger. Ist die Sache über die Grenze nach Deutschland verbracht, so gilt nichts anderes. Der in Frankreich eingetretene Eigentumserwerb wird auch in Deutschland anerkannt, keinesfalls wird jetzt der zurückliegende Zeitraum nach der deutschen *lex rei sitae* beurteilt³⁷⁵. Der deliktische Schadensersatzanspruch unterliegt aber nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex loci delicti commissi* dem deutschen Recht, das Inhalt und nähere Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs bestimmt; es hat aber dabei davon auszugehen, daß der deutsche Käufer Eigentümer der Sache geworden ist.

372 Von Caemmerer aaO S. 262.

373 Sach- und Deliktsstatut konkurrieren hier ebenfalls miteinander. In der Regel zieht das Sachstatut das Deliktsstatut nach sich.

374 So OLG Zweibrücken, 13. 7. 1898 — NZ 10 (1900) 220; Raape, IPR, S. 614.

375 Privat, Der Einfluß der Rechtswahl auf die rechtsgeschäftliche Mobiliarübereignung im internationalen Privatrecht, Bonner Rechtswissenschaftl. Abhandlungen Bd. 63, Bonn 1964, S. 125.

Würde auf der anderen Seite der Vertrag dem französischen Recht unterstellt werden und wäre die Versendung aber von Deutschland aus vorzunehmen, dann träten hinsichtlich des Gefahrübergangs Komplikationen auf. Ginge man nämlich von der normalen Regel aus, daß sich der Gefahrübergang nach dem Schuldstatut bestimmt, so würde dem Käufer zwar mit Abschluß des Kaufvertrages die Gefahr überbürdet, er bekäme dafür aber nicht das ihm entsprechende Korrelat, nämlich das Eigentum an der Sache, da nach der *lex rei sitae* auf ihn das Eigentum noch nicht übergegangen wäre, er hätte demnach auch keinen Anspruch gegen den Schädiger. Hier hilft nun das Institut der Drittschadensliquidation. Der Käufer muß zwar den Kaufpreis bezahlen, aber der Verkäufer hat den ihm gegen den Schädiger zustehenden Anspruch im Interesse des Käufers geltend zu machen. Als Zwischenergebnis läßt sich damit festhalten, daß zwar das Sachstatut darüber entscheidet, ob der Käufer oder nur der Verkäufer einen eigenen Anspruch gegen den Schädiger hat, daß sich aber erst aus dem Vertragsverhältnis, das gegebenenfalls einem vom Sachstatut abweichenden Recht unterliegen kann, ergibt, ob eine Gefahrverlagerung eingetreten ist. Demnach sind sowohl Schuld- als auch Sachstatut darüber zu befragen, wann eine Drittschadensliquidation möglich ist, d. h. aber nicht, daß beide Rechte unbedingt kumulativ anzuwenden sind. Die Rechtsanwendung geht hier vielmehr in Stufen vor sich: Zuerst ist zu fragen, wer die Preisgefahr zu tragen hat und dann, ob die *lex rei sitae* den Käufer als Eigentümer ansieht. Ist die Antwort der *lex rei sitae* negativ, so ist zu prüfen, inwieweit das Recht des Kaufvertrages eine Gefahrverlagerung für gegeben hält. Es handelt sich mithin um eine distributive Rechtsanwendung; für jede der beiden Teilfragen ist eine gesonderte Rechtsordnung heranzuziehen, falls die hierzu notwendigen Anknüpfungsmomente verwirklicht sind.

Inwieweit die bisher erzielten Ergebnisse auf den der Rb Dordrecht³⁷⁶ zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt anwendbar sind³⁷⁷, soll im folgenden geprüft werden:

Ein belgisches Schiff hatte eine Ladung Hafer an Bord, die es von Antwerpen nach Duisburg-Ruhrort bringen sollte. Am 26. 2. 1904 machte das Schiff in Dordrecht (Niederlande) Zwischenstation. Hierbei wurde es durch einen Schleppzug beschädigt, wobei auch die Ladung in Mitleidenschaft gezogen wurde. Der Kläger, der angebliche Schiffseigentümer, verlangte von dem am

376 13. 2. 1907 — W. 8650.

377 Es handelt sich hierbei um einen der wenigen Fälle, in denen Fragen der Drittschadensliquidation im Bereich des IPR zur Erörterung standen. — Einen ähnlichen Sachverhalt behandelte der H.R., 27. 6. 1913 — W. 9779, wobei er aber die Geltendmachung des Ladungsschadens durch den Schiffseigentümer für unzulässig erklärte. Es wurde stillschweigend davon ausgegangen, daß niederländisches Recht auf diese Frage anzuwenden war (Schiffskollision in niederländischen Gewässern). Anders hatten z. T. die Vorinstanzen (Rb Middelburg, 15. 3. 1911 — W. 9160; Hof 's Gravenhage, 28. 6. 1912 — W. 9358) entschieden.

Zusammenstoß schuldigen Kapitän des Schleppzuges Ersatz für die Beschädigung des Schiffes wie auch der Ladung. Als Eigentümer der Schiffladung muß nach den sonstigen Ausführungen des Gerichts wohl der Verkäufer angesehen werden. Das Gericht wies die Klage in vollem Umfang ab, also was sowohl den Schaden am Schiff selbst betraf als auch hinsichtlich des Ladungsschadens. Es führte aus, daß dem Kläger die Klagebefugnis in beiden Fällen fehle. Zum ersten habe der Kläger nicht nachweisen können, daß er Eigentümer des Schiffes gewesen sei. Ob er aber für den wirklichen Eigentümer des Schiffes klagen könne, bestimme sich nach niederländischem Recht als der *lex loci delicti commissi*, das jedoch ein solches Recht des Klägers nicht kenne. Bezüglich des Ladungsschadens begründete das Gericht die Klageabweisung damit, daß der Kläger als Verwahrer anzusehen (den Verwahrungsvertrag prüfte es nach niederländischem Recht!) und er deshalb an sich auch nach Art. 1753 BW zur Geltendmachung eines solchen Schadens berechtigt sei, doch sei der Verderb des Hafers nicht auf den Zusammenstoß zurückzuführen, vielmehr sei der Hafer durch die sich an Bord befindlichen Ratten vernichtet worden.

Ob die Entscheidung, vor allem in der Annahme eines Verwahrungsvertrages³⁷⁸, als korrekt angesehen werden kann, mag hier dahingestellt bleiben. Interessant ist jedenfalls, daß das Gericht nicht kategorisch die Geltendmachung eines Schadens durch einen Dritten ablehnt hat.

Bei Verwahrungsverhältnissen wird im deutschen Recht die Drittschadensliquidation zugelassen³⁷⁹. Über die Konstruktion des Art. 1753 BW bzw. des ähnlichen Art. 1934 C.c. herrscht freilich teilweise Unklarheit. Lediglich der Hoge Raad³⁸⁰ hat entschieden, daß nur der Ladungseigentümer selbst seinen Schaden geltend machen könne, nicht aber der Eigentümer des Schiffes; denn dem Ladungseigentümer stehe ja ein selbständiger Ersatzanspruch gegen den Dritten zu. In der französischen Literatur³⁸¹ wird jedoch die Meinung vertreten, daß auch bei einer Beschädigung der verwahrten Sache (hier Ladung) durch einen Dritten Art. 1934 C.c. anwendbar ist, obwohl im strengen Sinne keine *force majeure* vorliegt. Es ist daher die Konsequenz, die der Hoge Raad aus Art. 1753 zieht, nicht haltbar, da die Abführung des für die Zerstörung der Sache bzw. deren Beschädigung empfangenen Äquivalentes voraussetzt, daß der Verwahrer diese auch gegenüber dem Schädiger geltend machen können muß, andernfalls würde die Bestimmung lediglich die praktisch bedeutungslosen Fälle umfassen, in denen der Schädiger den von ihm verursachten Schaden freiwillig bezahlt. Mit der *subrogation réelle* ist hier wenig anzufangen, da sie

378 Im übrigen hätte sich bei der wohl zutreffenderen Anwendung belgischen Rechts auf den Verwahrungsvertrag nichts Entscheidendes geändert; denn Art. 1934 C.c. legt dem Verwahrer dieselbe Verpflichtung auf wie Art. 1753 BW und gibt ihm die gleichen Rechte.

379 Von Caemmerer aaO S. 265.

380 27. 6. 1913 — W. 9779.

381 Rodière, Enc.Dalloz, Droit civil, vol. II, Dépôt Nr. 162 (S. 37).

nur das Innenverhältnis Hinterleger-Verwahrer trifft. Durch sie wird nur die Pflicht des Verwahrers dahin gehend modifiziert, daß er an Stelle der untergegangenen Sache nunmehr den dafür erhaltenen Geldbetrag an den Hinterleger auszuhändigen hat, ob er ihn aber vom Schädiger auch verlangen kann, ist damit noch nicht entschieden. Rodière³⁸² meint allerdings, daß der Verwahrer dem Hinterleger den Anspruch, den er gegen den Schädiger habe, abtreten müsse, was aus Art. 1935 C.c. entnommen werden könne. Dies scheint jedoch deshalb zweifelhaft zu sein, weil in dem von Art. 1935 C.c. geregelten Fall der Hinterleger selbst keinen Anspruch gegen den Dritten hat. Hier aber hat der Hinterleger gerade einen eigenen Anspruch gegen den Dritten. Trotzdem dürfte auch bei dieser Sachlage dem Verwahrer die Befugnis nicht abzusprechen sein, den Schaden des Hinterlegers geltend machen zu dürfen. Auch praktische Gründe sprechen für eine solche Lösung. Bei verschiedenen Ladungsbeteiligten ist es einfacher, wenn nur eine Person die gesamten Ansprüche einklagt, nämlich der Schiffseigentümer (bzw. Verfrachter); damit wird nämlich eine ganze Reihe von Prozessen vermieden.

Diese Befugnis des Verwahrers leitet sich indes nicht aus der unerlaubten Handlung ab, so daß die *lex loci* an sich darüber nicht zu befinden hat; denn das Recht des Verwahrers zur Geltendmachung eines fremden Ersatzanspruches leitet sich aus der Rechtsordnung ab, die den Verwahrungsvertrag beherrscht. Die *lex loci* kann aber hier dieses Recht nicht negieren, wenn sie selbst dem Verwahrer eine derartige Befugnis nicht verleiht. Das Konkurrenzproblem zwischen dem eigenen Schadensersatzanspruch des Ladungseigentümers und demjenigen des Schiffseigentümers, das selbst im Bereich der jeweiligen internen Rechte noch einer Lösung harrt³⁸³, ist anderer Art als dasjenige, das bereits an früherer Stelle behandelt worden ist; hier ist der anspruchsberechtigte Personenkreis größer als in den dort erörterten Fällen. Die an jener Stelle aufgezeigte Lösungsmöglichkeit kann daher auf diesen Bereich nicht übertragen werden³⁸⁴.

Soll man daher beide einschlägigen Rechtsordnungen darüber befragen, ob der Verwahrer den Schaden des Eigentümers liquidieren darf, oder nur eine von beiden? Beantworten die zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen die Frage unterschiedlich, so kann dies

382 AaO.

383 Vgl. von Caemmerer aaO S. 266 f. Das schweizerische Bundesgericht hat in BGE 81 II 129, 133 nur die Konkurrenz insoweit zugelassen, als der Hinterleger Leistung an den ehemaligen Sacheigentümer verlangte.

384 Zu bemerken ist noch, daß bei den Fällen des Ladungsschadens eine doppelte Schadensliquidation auftreten kann: Einmal kann der Verwahrer den Schaden des Hinterlegers liquidieren, zum zweiten der Eigentümer der beschädigten Sache, wenn dieser die Sache an einen Dritten verkauft hat und auf den Dritten bereits die Gefahr, nicht aber das Eigentum übergegangen ist. Hier liegt dann eine Verbindung der beiden besprochenen Fallgruppen vor.

nicht bedeuten, daß sie sich gegenseitig aufheben; damit wäre nur negativ festgestellt: eine Schadensliquidation im Interesse eines Dritten ist nicht möglich³⁸⁵. Der Weg einer distributiven Rechtsanwendung scheint hier nicht gangbar zu sein, weil eine Interdependenz zwischen beiden anzuwendenden Statuten insoweit nicht vorliegt. Eine positive Lösung, d. h. die Zulassung der Drittschadensliquidation, kann hier allenfalls über die Angleichung gewonnen werden, indem also die sich widerstrebenden Statuten auf einen Nenner gebracht werden. Eine Anpassung über die einzelnen Kollisionsnormen durch Verschiebung ihres Anwendungsbereiches muß ausscheiden, da auf diesem Wege ein gemeinsamer Nenner schwerlich zu finden sein dürfte. Möglich ist es nur, daß eine dem konkreten Fall angemessene Entscheidung auf Grund der Interessenlage der Beteiligten gefunden wird. Dies bedeutet also, daß bei diesen Fällen der Drittschadensliquidation darauf abzustellen ist, ob der Dritte ein eigenes Interesse an der Geltendmachung des Drittschadens besitzt. Ist ein solches zu bejahen, so ist die Drittliquidation zuzulassen. Eine gewisse Hilfe zur Feststellung dieses Interesses desjenigen, den eine Obhutspflicht an der fremden Sache trifft, kann eventuell darin erblickt werden, ob der Verwahrer selbst Ansprüche gegen den Sacheigentümer hat, mit denen er gegebenenfalls aufrechnen könnte.

b) Die Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher (product liability³⁸⁶)

Die Haftung des Warenherstellers für fehlerhafte Produkte gegenüber dem Endverbraucher oder Dritten, die bei Gebrauch eines fehlerhaften Produkts zu Schaden kommen, ist zwar im deutschen Recht schon verschiedentlich mit der Drittschadensliquidation bzw. dem Vertrag zugunsten Dritter in Zusammenhang gebracht worden, doch sind

385 Vgl. hierzu Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 129, der einen „unmittelbar wertentscheidenden Durchgriff auf eine materiell-rechtliche Lösung“ hin empfiehlt.

386 Rechtsvergleichend: Lorenz, Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, Festschr. f. Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 59 ff. — Zum deutschen Recht: Lorenz, aaO; Markert, Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher, BB 1964, 231 ff.; ders., Haftung des Warenherstellers ohne Verschulden, BB 1964, 319 ff.; von Caemmerer, Das Problem des Drittschadens, ZHR 1964, 241 (277 ff.); jetzt umfassend Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, München und Berlin 1967. — Zum französischen Recht: H. Mazeaud, La responsabilité civile du vendeur-fabricant, Rev.trim.dr.civ. 53 (1955) 611 ff.; H. Cl. Ficker, Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der französischen Rechtsprechung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 13, Frankfurt-Berlin 1962, S. 138 ff. — Zum amerikanischen Recht: Prosser, The assault upon the citadel (strict liability to the consumer), 69 Yale L. J. 1099 ff. (1959-60); Markert, Zur Schadenshaftung für fehlerhafte Produkte in den USA, AWD 1965, 69 ff. — Vgl. ferner noch Mankiewicz, La responsabilité du fabricant à l'égard de l'utilisateur ou consommateur de ses produits, d'après le common law canadien, RIDC 8 (1956) 241 ff.

diese Rechtsfiguren nur bedingt tauglich, um die damit auftauchenden Probleme einer Lösung zuzuführen. Es empfiehlt sich daher, diese Fragen gesondert zu behandeln. Zudem handelt es sich in erster Linie um ein Problem der Sorgfaltspflichten, die dem Fabrikanten hinsichtlich seiner Waren gegenüber all denjenigen obliegen³⁸⁷, die berechtigterweise mit diesen in Berührung kommen. Hierzu tritt die weitere Problematik, wie die Gehilfenhaftung sowie das Verschulden des Herstellers in diesen Fällen sachgerecht angewandt werden können. Der Anscheinsbeweis kann hierbei gewisse Dienste leisten.

Den Ausgangspunkt in einem vertraglichen Anspruch des Geschädigten gegenüber dem Hersteller sehen zu wollen, bereitet vor allem dann Schwierigkeiten, wenn der Geschädigte in keinem direkten Vertragsverhältnis zum Produzenten steht, also weder von ihm noch von einem Zwischenerwerber die Ware gekauft hat, demnach selbst die Ware nie erworben hat, vielmehr nur Nutznießer der fraglichen Sache gewesen ist. Damit gehen die folgenden Erörterungen in erster Linie von der Tatsache aus, daß für den Geschädigten lediglich ein deliktischer Schadensersatzanspruch in Erwägung zu ziehen ist. Sie stellen sich auch nicht die Aufgabe, die materiell-rechtliche Lage der Produzentenhaftung im einzelnen aufzuzeigen³⁸⁸. Es wird hier eben davon ausgegangen, daß derjenige, der fehlerhafte, nicht verkehrssichere Autos, schadhafte Leitern, Flaschen und Schuhe, schädliche Lebensmittel und Medikamente usw. auf den Markt bringt, für den dem Geschädigten entstandenen Schaden aufzukommen hat. Nach welchem Recht haftet nun der Fabrikant, wenn der Dritte den Schaden an einem anderen Ort erleidet, als dem Herstellungsort? So bedeutsam die praktischen Auswirkungen dieser Frage sind, so wenig ist sie bisher behandelt worden. Lediglich in den USA, wo es hierzu verhältnismäßig viele Entscheidungen gibt, ist dem Problemkreis von Ehrenzweig³⁸⁹ Aufmerksamkeit geschenkt worden. In dem zahlenmäßig relativ umfangreichen europäischen Schrifttum über unerlaubte Handlungen im IPR ist das Problem fast gänzlich übergangen worden, nur

387 Von Caemmerer aaO S. 278.

388 Die Rechtsprechung der wichtigsten Staaten anerkennt den Anspruch des Verbrauchers oder Benutzers auf Grund unerlaubter Handlung. Deutschland: RGZ 87,1 (Brunnensalzfall); BGH, 23. 6. 1952 — VersR 1952, 357 (Rungenverschluß); 11. 7. 1958 — VersR 1958, 672 (Ziegel); 28. 10. 1958 — VersR 1959, 104 (Seilverschluß); 20. 10. 1959 — VersR 1960, 342 (Fußbodenklebemittel); 18. 10. 1960 — VersR 1960, 1095 (Kühlmaschine); OLG Bremen VRS 4, 174 (Kolben). USA: Buick v. McPherson, 111 N.E. 1015 (1916). England: Donoghue v. Stevenson (1932) A.C. 562. Frankreich: Cour d'appel de Paris, 30. 4. 1957 — J.C.P. 1957 II 10 083.

389 Products liability in the conflict of laws — toward a theory of enterprise liability under „foreseeable and insurable laws“, 69 Yale L.J. 794 ff. (1959-60); ders., Alternative actionability in the conflict of laws of enterprise liability, 63 Jurid. Rev. 39 ff. (1951); ders., Conflict of laws, S. 587 ff. Ferner Rabel, Conflict of laws, vol. II, S. 319, 320; Note: Products liability and the choice of law, 78 Harv L.Rev. 1452 ff. (1965).

D r i o n ³⁹⁰ hat es kurz gestreift. Es findet sich auch so gut wie keine Rechtsprechung. In Zusammenhang mit der Herstellerhaftung steht jedoch die englische Entscheidung *George Monro, Ltd. v. The American Cyanamid and Chemical Corporation* ³⁹¹, deren Sachverhalt zur Verdeutlichung der Problemlage hier gerafft wiedergegeben werden soll:

Die beklagte amerikanische Gesellschaft stellte in den USA Cyanogas her, das zur Vernichtung von Ratten und sonstigem Ungeziefer verwendet wird. Die Klägerin, die den Alleinvertrieb dieses Produkts für England hatte, kaufte von der Beklagten dieses Gas. Der Kaufvertrag unterstand kraft ausdrücklicher Vereinbarung dem Recht des Staates New York. Das Eigentum ging auch bereits in den USA auf die Klägerin über. In der Folgezeit verkaufte die Klägerin dieses Gas auch an eine andere englische Firma, die mit ihm die Farm eines englischen Bauern von Ratten säuberte. Das Gas hatte jedoch auf das Anwesen des Bauern schädigende Nebenwirkungen. Von diesen schädigenden Wirkungen des Gases war aber vorher nichts bekannt, die beklagte Herstellerin hatte auf sie auch nicht aufmerksam gemacht. Der Bauer klagte nunmehr gegen die Zweiterwerberin auf Schadensersatz wegen negligence. Letztere nahm daraufhin die Klägerin in Anspruch, die von der Beklagten nunmehr Regreß nehmen will.

Im Urteil des englischen Court of Appeal ging es nur um die Frage, ob in England überhaupt eine Klage gegen die amerikanische Gesellschaft anhängig gemacht werden konnte, was jedoch verneint wurde, da Ord. XI r. 1 (ee) ³⁹² nicht anwendbar sei.

Ferner sei noch kurz der Sachverhalt einer neuen amerikanischen Entscheidung ³⁹³ mitgeteilt:

Gleich nach dem Start in Miami (Florida) stürzte ein Flugzeug ab, das von der Beklagten in California hergestellt worden war. Ursache des Absturzes war ein Fehler in der Konstruktion der Maschine. Fünf Jahre nach dem Unglück klagte ein Mitglied der Besatzung gegen die Herstellertfirma in New York auf Schadensersatz ³⁹⁴.

Die Kernfrage für die internationalrechtliche Beurteilung der product liability geht dahin, ob die traditionelle lex loci-Formel derartigen Sachverhalten gerecht werden kann oder ob hierfür nicht besondere

390 De ratio voor toepassing van vreemd recht in zake de onrechtmatige daad in het buitenland, R. M. Themis 1949, 3 (60 f.), und jetzt auch Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung, Tübingen 1965, S. 89-92.

391 (1944) 1 All E.R. 386 (C.A.).

392 Der Text dieser Order lautet im entscheidenden Punkt: "... Where the action is founded on a tort committed within the jurisdiction." Nur in diesem Fall ist die englische jurisdiction gegeben.

393 *George v. Douglas Aircraft Co.*, 332 F. 2d 73 (1964). Vgl. hierzu die Bemerkungen in 78 Harv.L.Rev. 881 ff. (1965).

394 Die zu entscheidende Hauptfrage war in diesem Prozeß, nach welchem Recht die Verjährung des Schadensersatzanspruches zu beurteilen ist, die sich ja im amerikanischen Recht nicht unbedingt nach der lex loci richtet. Der Court of appeal des Second Circuit in New York prüfte daher, ob das New Yorker borrowing statute anwendbar sei und auf welches Recht dieses verweise. — Leading case für die product liability ist *Hunter v. Derby Foods*, 110 F. 2d 970 (1940). Hier ging es um eine Schadensersatzklage wegen verdorbener Lebensmittel.

sachbezogene Anknüpfungsmomente gesucht werden müssen. Bei der Anwendung des normalen Grundsatzes der *lex loci delicti commissi* bleiben die Schwierigkeiten gleichfalls nicht aus. Die Anknüpfung an den Begehungsort ist selbst noch zu unbestimmt, sie ist mehr oder weniger eine Leerformel; denn im Einzelfall (wie hier) ist immer zu prüfen, ob nun dem Handlungs- oder dem Erfolgsort der Vorzug gegeben werden soll, oder ob man wie die Rechtsprechung des RG, die gerade in neuerer Zeit wieder Anhänger³⁹⁵ gefunden hat, Alternativität zwischen beiden gelten lassen will. Des weiteren bleibt zu prüfen, wie die Anknüpfung bei Handlungs- und Unterlassungsdelikt vorzunehmen ist, da ja die Fälle der *product liability* sowohl unter dem einen wie auch dem anderen Gesichtspunkt betrachtet werden können³⁹⁶, was weitgehend vom Einzelfall abhängt. Wer eine fehlerhafte Ware in den Verkehr bringt, handelt hierbei aktiv; wer nicht auf die besondere Gefährlichkeit einer Ware hinweist, unterläßt es, den Verbraucher bzw. Benutzer über deren Gefährlichkeit aufzuklären. So hat denn auch wohl *Du Parcq*, L.J. in der erwähnten englischen³⁹⁷ Entscheidung zu Unrecht angenommen, daß es sich dort um ein Begehungsdelikt handelte. Es spielt indes keine ausschlaggebende Rolle, ob man im Einzelfall ein Begehungs- oder Unterlassungsdelikt annimmt: beide sind in internationalrechtlicher Beziehung gleich zu behandeln³⁹⁸. Damit ist aber weder eine Entscheidung zugunsten des Handlungs- noch des Erfolgsorts gefallen.

Daß eventuell die Vertriebsart der vom Fabrikanten hergestellten Erzeugnisse sowie deren Aufmachung und Beschriftung irgendwelche Hinweise für eine spezielle Anknüpfung der Herstellerhaftung liefern könnten, ist nicht von vornherein auszuschließen. Die moderne Absatzstrategie bringt ja den Fabrikanten in eine viel nähere Beziehung zum Endverbraucher, als dies ehemals der Fall war. Insbesondere bei Markenartikeln sucht der Hersteller durch gezielte Werbung direkten Kontakt mit seinen präsumtiven Kunden aufzunehmen. Die Käufer haben auch oft genug eine genauere Vorstellung über die Qualität der Ware des Herstellers, nicht zuletzt deshalb wird auch die Garantiefunktion des Warenzeichens betont, über deren rechtliche Relevanz man allerdings verschiedener Meinung sein kann. *Lorenz*³⁹⁹ hat

395 Strömholm, *Torts in the conflict of laws*, S. 140-143; ders., *Skadestandsproblem i den internationella privaträtten*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 73 (1960) 434, 452; Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, S. 87 f.

396 Lorenz aaO S. 61.

397 *George Monro, Ltd. v. American Cyanamid Corp.* (1944) 1 All E.R. 390.

398 Statt vieler Kegel, *IPR*, S. 240, der aber dem Irrtum unterliegt, daß die Unterlassung da begangen worden sei, wo zu handeln gewesen wäre. Vielmehr ist die Frage durchaus an den Ort anknüpfbar, an dem der Erfolg hätte eintreten sollen. Vgl. zu dieser Problematik noch Schnorr von Carolsfeld, *Straftaten in Flugzeugen* — zugleich ein Beitrag zum deutschen internationalen Strafrecht, Erlangen 1965, S. 41 Anm. 59-61.

399 AaO S. 59.

mit Recht darauf hingewiesen, daß der Zwischenhändler als bloße Verteilerstelle immer mehr in den Hintergrund gedrängt werde.

Daraus läßt sich ableiten, daß die Tatsache, daß der Hersteller den direkten Kontakt zu seinen zukünftigen Kunden sucht, dafür spricht, falls bei der Ware vom Hersteller verursachte Mängel auftreten, deren haftungsrechtliche Folgen nach der Rechtsordnung des Staates zu beurteilen, in dem die Ware an den Kunden gebracht, also abgesetzt wird. Insofern kann vielleicht von einer gewissen „Vermutung“ gesprochen werden, daß der Hersteller seinen Endabnehmern auf der Rechtsordnung begegnet, die normalerweise für den Lebenskreis der letzteren maßgebend ist. Eine allgemein gültige Regel ist dies natürlich nicht, da zur Aufstellung eines solchen Prinzips notwendig ist, eine Abwägung der zwischen Abnehmer und Hersteller bestehenden Interessenlage vorzunehmen⁴⁰⁰. Die bisherigen Ausführungen haben jedoch mehr den Kunden ins Blickfeld gerückt als den Hersteller⁴⁰¹. Festzuhalten ist aber grundsätzlich daran, daß den Produzenten an sich das Risiko einer fehlerhaften Produktion trifft, was auch ein Blick auf die einzelnen Rechtsordnungen bestätigt. Die Frage kann folglich nur dahin gehend lauten, ob der Hersteller sich auf die am Herstellungsort gebräuchlichen Rechtssätze verlassen kann und darf oder ob er immer damit rechnen muß, daß seine Haftung sich auch nach einer anderen, ihm fremden Rechtsordnung bemessen kann. Die traditionelle *lex loci*-Formel, die nur monoterritoriale Sachverhalte vor Augen hat, vermag darauf keine Antwort zu geben, weil hier immer davon auszugehen ist, daß ein Distanzdelikt vorliegt. Voraussetzung ist dabei, daß im Produzieren und allgemeinen Inverkehrbringen die Handlung gesehen wird. Der Handlungsbegriff ließe sich natürlich insoweit einengen, als darauf abgestellt werden könnte, daß von einer Handlung (in dieser Beziehung) nur dann gesprochen werden könnte, wenn die Sache im jeweiligen Staat, in dem ein Dritter mit ihr in Berührung kommt, vom Hersteller — sei es durch ihn selbst oder durch eine Zwischenperson — in den Verkehr gebracht ist⁴⁰². Die Fallgruppe, daß ein Ausländer selbst die Sache im Herstellungsland erwirbt und dann dort oder in seinem Heimatstaat oder einem dritten Land zu Schaden kommt, sei zunächst einmal beiseite gelassen. Entscheidend ist doch der Gesichtspunkt und damit von der theoretischen Frage unabhängig, wo die Handlung und wo der Erfolg zu lokalisieren sind, ob sich das für den Produzenten ergebende Fehlerrisiko u. U. nach einer anderen Rechtsordnung bemißt als nach derjenigen, die am Produktionsort

400 So jetzt auch Simitis aaO S. 90 f., bei dem aber das Hauptgewicht auf dem maximalen Schutz des Verletzten liegt, er stellt also auf die materiell-rechtliche Gerechtigkeit ab.

401 In der Entscheidung *George Monro, Ltd. v. American Cyanamid Corp.* tritt die mangelnde Abwägung der beiderseitigen Interessen offensichtlich zutage.

402 Ähnliche Problemstellungen ergeben sich im Bereich des Warenzeichenrechts. Vgl. Birk aaO S. 1598 ff.

gilt. Dabei darf nicht übersehen werden, daß sich gegebenenfalls für diesen auch gewisse Vorteile ergeben können, dann nämlich, wenn in einem Vertriebsgebiet, das nicht in den Bereich der am Herstellungsort geltenden Rechtsordnung fällt, für den Hersteller eine mildere Haftung besteht. Für Europa hätte dies deshalb Bedeutung, weil nach englischem Recht praktisch eine strict liability des Fabrikanten anzunehmen ist; theoretisch gesehen handelt es sich zwar um eine Haftung für negligence, doch läuft die durch die Donoghue v. Stevenson-Rule besonders strenge duty of care in Verbindung mit der res ipsa loquitur-Rule im Ergebnis auf eine strict liability hinaus. Was die Gehilfenhaftung anbelangt, läßt das deutsche Recht den Entlastungsbeweis zu, wenn auch an ihn scharfe Anforderungen gestellt werden, während nach französischem Recht dieser dem Fabrikanten nicht zugute kommen kann. Die gleiche Problematik stellt sich ja auch in den Vereinigten Staaten, in denen je nach Staat die Haftung des Warenherstellers entweder als strict liability oder nur als Haftung für negligence anzusehen ist.

Der Normalfall wird sein, daß der Hersteller sich nach den Gegebenheiten des Produktionsortes richtet, nur dann, wenn seine Produktion in erheblichem Umfang exportiert wird, wird auch er die Verhältnisse der einzelnen Exportländer bei der Produktion mitberücksichtigen⁴⁰³. Die dort etwa geltenden gesetzlichen Bestimmungen über Mindestqualität, Hygiene, notwendige Verpackung, Beschriftung etwa aus lebensmittelrechtlichen Gründen etc. muß er ohnehin befolgen. Doch läßt sich aus diesen Überlegungen noch nichts Endgültiges für die Haftungsfrage gewinnen. Wenn nun aber der Hersteller darauf bedacht ist, seinen Abnehmerkreis auf das Ausland auszudehnen, also zu exportieren, so könnte man die Ansicht vertreten, daß er sich auch den dortigen Haftungsverhältnissen unterwirft, wie er dies ja notwendigerweise hinsichtlich der fremden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (etwa gesundheitspolizeilicher Art) tut und auch tun muß. Dafür spricht ferner, daß sich ein Hersteller in wirtschaftlichen Dingen sowieso den ausländischen Marktgegebenheiten anzupassen hat, warum sollte dies nicht auch für die rechtliche Seite dieser Tätigkeit gelten, insoweit dem Parteiwillen keine Bedeutung zukommt. Für die Haftungsfrage ist ja die Außenbeziehung wesentlich, diese wird aber bei der Produktion überhaupt erst dadurch vermittelt, daß die Ware den Verbraucher erreicht bzw. ein Dritter mit ihr berechtigterweise in Berührung kommt, also in deren Interessensphäre gelangt. Es ist daher nicht gerechtfertigt, davon auszugehen, daß die Haftung eines Warenherstellers nach dem Recht zu beurteilen ist, das im Bereich der

403 Nicht hierher gehört der Fall, daß ein inländischer Hersteller Zweigwerke im Ausland besitzt, die die gleichen Artikel produzieren. In diesem Fall sind von vornherein die dortigen Verhältnisse die Ausgangsbasis.

Produktionsstätte gilt⁴⁰⁴. Der ausländische Produzent soll aus seiner Eigenschaft als Ausländer weder einen Vorteil noch einen Nachteil haben. Gegen das „Risiko“, eventuell von einer strengeren Rechtsordnung herangezogen zu werden, kann sich der Produzent, worauf Ehrenzweig zutreffend hinweist⁴⁰⁵, dadurch absichern, daß er sich gegen solche Gefahren versichert. Die Prämien dieser Versicherung kann der Hersteller bei der Kalkulation entsprechend berücksichtigen, während die Berücksichtigung der fremden Rechtsordnung bei der Kalkulation jedenfalls für europäische Firmen kaum in Frage kommen dürfte^{406, 407}.

Ist demnach der Herstellungsort als Anknüpfungspunkt für die product liability *abzulehnen*, so bleibt nach wie vor die Frage offen, welches Recht schließlich zu ihrer Beurteilung berufen ist. Hier gleich darauf antworten zu wollen, daß dies dann eben das Recht sei, wo der Schaden eingetreten sei oder wo die Verletzung des Rechtsgutes stattgefunden habe, wäre eine wohl allzu sehr pauschalierende Betrachtungsweise. Die Problematik ist in Wahrheit vielschichtiger; denn es ist nämlich die Frage berechtigt, ob nicht gewisse typische Situationen aus der großen Zahl der möglichen Berührungspunkte der beiden Interessenkreise auszuwählen sind, etwa solche, mit denen normalerweise zu rechnen ist, was bedeuten würde, daß rein zufällige örtliche Kontakte mit einer auch dem Verbraucher bzw. Benutzer fremden Rechtsordnung auszuklammern wären.

Zuerst sei der Fall betrachtet, in dem der Hersteller befugterweise in den Staat liefert, in dem das Produkt den Dritten verletzt und ihm Schaden zugefügt hat. Hier fallen alle wichtigen Momente, und zwar Vertriebs-, Gebrauchs- bzw. Verbrauchs- wie Verletzungs- und Schadensort zusammen. Es bestehen daher keine Bedenken, das Recht dieses Staates anzuwenden, in dem sich alle diese Momente verwirklichen; sie weisen alle bis auf die Herstellung der Ware auf diese Rechtsordnung hin. Es wäre befremdend, angesichts dieser „most

404 Zwar will Drion aaO S. 60, 61 die Haftung des Herstellers dem Recht des Herstellungsortes unterwerfen, er läßt aber auch Raum für die Anwendung eines anderen Rechts („... voor zover hij niet ter plaatse van het ongeluk wordt aangesproken. Dit laatste zou niet uitgesloten zijn.“).

405 AaO S. 799-801 unter Hinweis auf eine concurring opinion von Justice Traynor (abgedruckt aaO S. 798).

406 Für die USA macht Ehrenzweig (aaO S. 800 und 803) den seiner Grundtendenz zur Anwendung der lex fori entsprechenden Vorschlag, daß der Kläger das Forum wählen könne, das die für ihn günstigste lex fori besitzt. Es handelt sich hier um einen schon vom deutschen RG entwickelten Gedanken, den Ehrenzweig seiner Theorie gemäß modifiziert. Im übrigen ist dies wohl der einmalige Fall, in dem das „forum shopping“ propagiert wird, gegen das ansonsten bei jeder sich passenden Gelegenheit zu Felde gezogen wird. — Der Beklagte soll sich aber dann gegen die Anwendung einer solchermaßen ermittelten lex fori wenden können, „which is not reasonably foreseeable and insurable.“ (aaO S. 803).

407 Es ist wenigstens hierüber kein Material vorhanden.

significant relationship" ⁴⁰⁸ anders zu entscheiden. Wie ist aber zu verfahren, wenn einer der genannten Kontakte sich in einem anderen Staatsgebiet verwirklicht, wenn also z. B. eine Droge oder ein Lebensmittel „zu Hause“, d. h. am gewöhnlichen (für den Verbraucher) Vertriebsort gekauft worden ist und in einem anderen Staat (etwa auf einer Reise oder im Urlaub) eingenommen bzw. verzehrt wird und eventuell wieder in einem anderen Land der Schaden eintritt, sei es in der Person des Käufers oder eines Dritten, der vielleicht durch den Gebrauch einer fehlerhaften Sache verletzt wird? Bei der Festlegung des geeigneten Anknüpfungspunktes für die Herstellerhaftung geht es in diesen Fällen nicht darum, die Interessenlage zwischen Fabrikant und Verbraucher bzw. Benutzer zur Lösung heranzuziehen; diese wurde vielmehr schon dazu benutzt, den Herstellungsort als Anknüpfungspunkt auszuschalten. Die Aufgabe besteht hier darin, eine sachgerechte Wahl unter den sich anbietenden Möglichkeiten zu treffen. Dies hat zur Folge, daß der entscheidende Gesichtspunkt somit dort zu suchen ist, wo normalerweise die Waren in den Bereich des Abnehmers gelangen. Kann man den Schadensersatzanspruch sinnvollerweise von der *lex loci delicti commissi*, also etwa von der Rechtsordnung, die am Verletzungsort gilt, abhängig machen, wenn in der Regel der Verbraucher bzw. Benutzer das Produkt an seinem Wohnort verwendet? Wenn jemand ein Medikament zufälligerweise auf einer Auslandsreise einnimmt und dabei zu Schaden kommt — an welchem Ort auch immer —, so scheint der Ort, an dem die Droge eingenommen worden ist oder an dem sich die schädigenden Folgen gezeigt haben, von verhältnismäßig geringer Bedeutung zu sein. Die gleiche Medizin nimmt der Verletzte ansonsten doch wohl zu Hause ein. In gleicher Weise stellt sich die Situation dann, wenn es nicht um verbrauchbare, sondern um lediglich benutzbare Güter handelt. Färben z. B. die Schuhe im Ausland auf die Socken des Trägers ab, so wäre dies sicher auch an dem Ort der Fall, an dem der Benutzer sich gewöhnlicherweise aufhält. Ferner: Zeigt sich die fehlerhafte Konstruktion und Herstellung von Kolben ⁴⁰⁹ zuerst im Ausland ⁴¹⁰, dann hätte sich derselbe Mangel früher oder später auch am gewöhnlichen Gebrauchsort herausgestellt. Bei all diesen Sachgestaltungen hat die Schädigung des Verbrauchers bzw. Benutzers nur wenig materiale Berührung mit dem Ort, an dem sich der Mangel bemerkbar gemacht und für den Betroffenen einen Schaden ausgelöst hat. Dies zeigt sich ferner darin, daß niemand außer dem sich im Ausland aufhaltenden Verbraucher bzw. Be-

408 Vgl. Ehrenzweig, *The „most significant relationship“ in the conflicts law of torts* — Law and reason versus the Restatement second, 28 *Law & Contemporary Problems* 700 ff. (1963).

409 Einen gleichliegenden, rein internrechtlichen Fall hat das OLG Bremen entschieden (VRS 4, 174 f.).

410 Auf die Fälle, die neben dem Benutzer auch noch weitere dritte Personen betreffen, wird unten gesondert eingegangen.

nutzer von dem schädigenden Ereignis beeinträchtigt worden ist. Es ist daher unangemessen, ausgerechnet den Zufall bei der Rechtsanwendung entscheiden lassen zu wollen. Die ausschlaggebende Beziehung besteht vielmehr an dem Ort, an dem die Sache gekauft und auch im allgemeinen verbraucht bzw. benutzt wird. Nur zu der an diesem Ort herrschenden Rechtsordnung hat das schädigende Ereignis materialen Konnex. Hier findet der Gütertausch statt, hier wird in die Sozialsphäre des Geschädigten eingegriffen. Der mehr oder weniger zufällige Eintritt des schädigenden Ereignisses im Ausland ist nicht geeignet, ein brauchbares Kriterium für die Rechtsanwendung zu liefern. Eine sinnvolle Rechtsanwendung stützt sich folglich nicht bloß auf den rein tatsächlichen Verbrauchs- bzw. Benutzungsort, sondern hat den gewöhnlichen Verbrauchs- bzw. Benutzungsort als Anknüpfungsmoment zu verwenden, der sich meist mit dem Kauf- und Vertriebsort decken wird. Hat etwa ein Inländer im Ausland, das gleichfalls Vertriebsgebiet der Ware ist, den Gegenstand erworben, so findet inländisches Recht Anwendung. Es ist allerdings nicht wesentlich, daß der Verbraucher bzw. Benutzer die Ware selbst gekauft hat (z. B. bei Familienmitgliedern), ausreichend ist, daß der jeweilige Verbrauch/Gebrauch im gleichen Absatzgebiet erfolgt. Anders liegt der Fall, wenn ein Inländer auf einer Reise im Ausland Nahrungsmittel kauft und verbraucht. Hier ist darauf abzustellen, daß die mögliche Verletzung gewöhnlich in dem Gebiet zu erfolgen pflegt, in dem die Ware angeboten und abgesetzt wird, wo sie also in den Verkehr gelangt. Wird jedoch das Produkt auch in dem Staat in den Verkehr gebracht, in dem sich der Käufer oder dessen Angehörige aufhalten, so ist die Anwendung des dort geltenden Rechts gerechtfertigt. Verbrauch/Benutzung einer im Inland von einem Ausländer oder einer von einem Inländer im Ausland gekauften Ware werden somit gleichen Bedingungen unterworfen. Bei etwaigen durch die Mangelhaftigkeit der Ware eintretenden Todesfällen wird daher in der Regel auch der Anspruch der Hinterbliebenen auf Unterhalt nicht von einem ihrem Lebensbereich fremden Recht beherrscht. Hierbei kann insbesondere nicht ins Gewicht fallen, daß z. B. der vom schweizerischen Recht gewährte Versorgerschaden einen weiteren Personenkreis umfaßt als die entsprechenden Vorschriften des deutschen Rechts.

Eine von den bisher erörterten Fällen völlig verschiedene Sachlage besteht dann, wenn dritte Personen, die nicht als Benutzer der Sache in Frage kommen, durch die fehlerhafte Sache einen Schaden erleiden. Solche Fallgestaltungen sind nur bei Gebrauchsgegenständen möglich (fehlerhafte Bremsen eines Autos, Konstruktionsfehler eines Flugzeugs). Hier wird in den Rechtskreis benutzerfremder Personen eingegriffen. Die Anwendung der *lex loci delicti commissi* begegnet hier keinen Bedenken. Sie hat im Gegenteil ihre Rechtfertigung darin, daß der Begehungsort hier den entscheidenden örtlichen Konnex zur Haf-

tung darstellt. Fraglich bleibt dabei nur, ob auf die Schadensersatzansprüche solcher Personen, die an sich zum Benutzerkreis zu zählen sind, wie etwa Mitinsassen eines PKW, ebenfalls die *lex loci delicti commissi* anzuwenden ist. Zur Vermeidung einer Spaltung der rechtlichen Beurteilung eines monoterritorialen Sachverhaltes muß die *lex loci* auch gegenüber diesen Personen Anwendung finden⁴¹¹. Daß sich damit eine gewisse Zwiespältigkeit der Lösung ergibt, läßt sich nicht leugnen. Aus den genannten Gründen ist es jedoch notwendig, eine sonst zu empfehlende Anknüpfung zu „opfern“.

Spezialfragen: Es wird die regelmäßige Absicht eines Produzenten sein, seine Waren in so viele Länder zu exportieren, als dies nur irgendwie möglich ist. Besondere Gründe können indes zu einer abweichenden Sachlage führen, so vor allem dann, wenn für bestimmte Waren eine territoriale Marktaufteilung erfolgt. Veranlassung kann sich hierzu aus warenzeichenrechtlichen Gesichtspunkten ergeben, oder der Produzent hat etwa ein Ausfuhrverbot für seine Waren verhängt.

Hierbei ist es nun in der Tat fraglich, ob derartige Tatbestände auf die allgemeine *product liability* des Herstellers von Einfluß sein können. Generell muß wohl die Frage verneint werden, da ein Ausfuhrverbot nur im Wege der Vereinbarung Wirksamkeit erlangen und dieses den Hersteller grundsätzlich von dessen Haftung nicht befreien kann. Auch hat ein Ausfuhrverbot — von dessen rechtlicher Bedeutung abgesehen — meist marktstrategischen Charakter; rechtlich ist es auch für außenstehende Dritte ohne Wirkung. Es verbleibt deshalb bei den entwickelten Grundsätzen.

Ein weiteres Problem besteht darin, daß als Folge einer arbeitsteiligen Wirtschaft der Hersteller eines aus verschiedenen Teilen zusammengesetzten Gegenstandes oft nicht selbst alle notwendigen Einzelteile produziert, sondern solche von anderen Firmen bezieht und sie dann einbaut. Wer ist hier im Schadensfall zu verklagen? Die Antwort hängt davon ab, auf wen die Fehlerhaftigkeit zurückzuführen ist. Ergibt sich der den Schaden verursachende Fehler aus einem mangelhaften Zusammenbau der Einzelteile, so ist dies der ausländische Hersteller. Ist der Fehler und damit der Schaden vom Hersteller des Einzelteiles verursacht und zu vertreten, dann ist dieser in Anspruch zu nehmen und nicht der Hersteller (etwa des Autos), der nur die Einzelteile zusammengefügt hat. Ohne Bedeutung ist dabei, ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Zulieferer handelt.

Daß diese Erörterungen nicht abschließend zu verstehen sind, ergibt sich von selbst. Sie konnten lediglich die Problematik etwas aufhellen und näher verdeutlichen, als dies bisher der Fall war. Es dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß eine „mechanische“ Anwendung

411 Lütkehaus, Diss., S. 150, will in den eben geschilderten Fällen auf die PKW Insassen ihr gemeinsames Heimatrecht anwenden, auch wenn ein Dritter Ansprüche nach der *lex loci delicti commissi* geltend machen kann.

der *lex loci delicti commissi* hier keine ausreichende Lösung zu bieten vermag, da die besprochenen Fallgestaltungen doch erheblich von denjenigen abweichen, die normalerweise mit dieser Regel mehr oder weniger angemessen bewältigt werden.

IV. Die Verjährung des deliktischen Schadensersatzanspruches

Es scheint vermessen zu sein, überhaupt zur Verjährung noch etwas sagen zu wollen. Hier soll auch weniger den bereits zahllos vorhandenen anderen Ansichten eine neue hinzugefügt werden; lediglich aus Gründen der Systematik und Vollständigkeit empfiehlt es sich, die Frage der Verjährung kurz zu streifen. Dabei wird zu prüfen sein, ob die unerlaubte Handlung in gewissen Fällen spezielle Überlegungen notwendig macht.

Für die kontinentaleuropäische Literatur und Rechtsprechung ist es ein geradezu axiomatisch feststehender Satz, daß sich die Verjährung nicht nach der *lex fori* richtet, weil es sich um keine prozessuale Frage handle, sondern um eine solche des materiellen Rechts, die nach der *lex causae* zu beurteilen sei. Bis vor geraumer Zeit war damit aber auch die Einigkeit schon zu Ende. Welche Rechtsordnung als *lex causae* zu gelten hatte, wurde sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur in sehr unterschiedlicher Weise beantwortet. So ziemlich alle möglichen Varianten wurden vertreten. Es darf jedoch dabei nicht übersehen werden, daß sich vor allem die Ausführungen in der Literatur fast ausnahmslos mit der Verjährung vertraglicher Ansprüche beschäftigten. Doch ist eine Reihe von Entscheidungen ergangen, die die Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zum Gegenstand hatten, in denen auch meist die *lex loci delicti commissi* auf die Verjährung angewandt worden ist ^{412, 413}.

412 Die *lex fori* wandte das OAG Celle, 28. 5. 1850 — SA 8 Nr. 7 auf einen Anspruch aus unerlaubter Handlung (unehelichem Beischlaf) an. Vgl. auch Rb Rotterdam, 9. 10. 1929 — W. 12 154, wo aus anderen Gründen (Nichtanwendung der *lex loci*) die Verjährung nicht dem Recht des Begehungsortes entnommen wurde; Rb Maastricht, 27. 5. 1938 — N.J. 1938 Nr. 961 (Verkehrsunfall in Deutschland); Cour d'appel de Rennes, 7. 1. 1908 — Clunet 1908, 1101, 1102 (Schiffskollision, Verjährung nach dem Wohnsitzrecht des Schuldners).

413 Sonst wird grundsätzlich die *lex loci delicti commissi* auf die Verjährung angewandt. Aus der deutschen Rechtsprechung: RGZ 74, 46 (Schiffskollision); RGZ 74, 171 (ungerechtfertigte Bereicherung); RGZ 118, 141 (Vertrag/Delikt); OLG Stettin, 5. 12. 1929 — JW 1930, 1882 (Mißhandlung); RGZ 129, 385 (Warenzeichenverletzung); BGH, 12. 12. 1957 — VersR 1958, 109 (Schaden durch Zwangsarbeit). Aus der niederländischen Rechtsprechung: Rb Rotterdam, 14. 3. 1930 — N.J. 1930, 1119, 1120 (Schiffskollision); Hof 's Gravenhage, 10. 4. 1931 — N.J. 1931, 1177 (Schiffskollision); Rb Rotterdam, 21. 11. 1950 — N.J. 1952 Nr. 185 (Schiffskollision). Französische Rechtsprechung: unklar Trib.civ. de la Seine, 30. 4. 1910 — Revue 1910, 829 (Verkehrsunfall); Trib. de grande instance de la Seine, 5. 3. 1960 — Rev.crit. 1960, 194 (195) (Verkehrsunfall) m.N. v. Bourel; Cour d'appel de Paris, 1. 7. 1959 — Rev.crit. 1960, 192 = Clunet 1960, 424 m.N. v. Ponsard; Cour d'appel de Paris, 13. 3. 1963 — Rev.crit. 1963, 549, 550 (Verkehrsunfall) m.N. v. Bourel.

Bekanntlich ist die Lage im anglo-amerikanischen Recht eine ganz andere. Soweit es sich um das englische Recht handelt, findet ja schon auf die Beurteilung des Schadensersatzanspruches selbst im großen und ganzen englisches Recht (als *lex fori*) Anwendung⁴¹⁴. Was das amerikanische Recht angeht, ist es nicht einfach so, daß immer nur die *lex fori* angewandt wird⁴¹⁵. Dies gilt besonders für den weiten Bereich der *statutory liability*, die gegenüber der *liability* nach *common law* immer mehr im Wachsen begriffen ist, freilich kann man allgemein sagen, daß sich die Verjährung nach der *lex fori* bestimmt. Welche Folgen sich für die Anwendung des anglo-amerikanischen Rechts im Hinblick auf die Verjährung ergeben, wird seit neuestem nicht mehr einheitlich beantwortet; denn Kegel⁴¹⁶ will wegen der prozessualen Qualifikation der Verjährung im amerikanischen Recht die *lex fori* infolge eines „hypothetischen *renvoi*“ anwenden. Man könnte an sich dieser Frage für das Recht der unerlaubten Handlungen keine besondere Bedeutung zumessen; vor deutschen Gerichten ist bisher kein Fall einer in den USA begangenen unerlaubten Handlung anhängig gewesen, wenn man von solchen Fällen absieht, in denen letztlich deutsches Recht zur Anwendung kam⁴¹⁷. Doch soll hier deshalb darauf eingegangen werden, weil Kegel auf alle Fälle der objektiven Anknüpfung diese Lehre für anwendbar hält⁴¹⁸. Mag man sich zum *renvoi*, insbesondere im Schuldrecht, wo er ohnehin äußerst bestritten ist⁴¹⁹, stellen wie man will; schon vom Ergebnis her scheinen gewichtige Bedenken gegen dessen Beachtlichkeit zu sprechen, soweit man überhaupt einen *renvoi* infolge unterschiedlicher Qualifikation für gegeben hält. Der Entscheidungseinklang kann ihn in diesem Fall nicht schlüssig begründen; man gibt damit den Parteien Steine statt Brot. Maßgebend ist doch, daß die Qualifikation des amerikanischen Rechts nur dann wirksam wird, wenn auch ein amerikanisches Forum über den Rechtsstreit zu befinden hat, nicht aber, wenn die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts gegeben ist und bei diesem der Rechtsstreit anhängig gemacht wird. Die Qualifikation des ausländischen wird durch die eines amerikanischen Gerichts nicht präjudiziert. Sieht man von diesen Bedenken einmal ab, so bleibt es

414 Zum englischen Recht Preston-Newsom, *On limitation of actions*, 3. A., London 1953, S. 15 f. Vgl. auch noch Mendelssohn-Bartholdy, *Der Rechtsschutzanspruch im Licht internationalen Rechts*, RheinZ 12 (1923) 9 (18).

415 Eingehende Darlegungen bei Rabel, *Conflict of laws*, vol. III, S. 475 ff.; Ehrenzweig, *Conflict of laws*, S. 428 ff.; vgl. auch Kegel, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht*, Köln und Opladen 1962, S. 19 ff.

416 AaO S. 39 ff. (41).

417 Anders in Frankreich: hier hatte die *Cour d'appel de Paris*, 1. 7. 1959 — *Rev.crit.* 1960, 192 über eine unerlaubte Handlung, die in New York begangen wurde, zu entscheiden und wandte auch das Recht dieses Staates an.

418 AaO S. 43.

419 Vgl. Raape, *Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht*, NJW 1959, 1013 ff.

immer noch bei dem Tatbestand, daß der Sachverhalt in seinen rechtlichen Beziehungen ohne Grund auseinandergerissen wird, indem man zwar in der Sache selbst die *lex loci* anwendet, auf die Verjährung aber die *lex fori* ⁴²⁰. Die rechtliche Beurteilung wird damit unnötigerweise gespalten, wenn auch nicht erschwert, da die Anwendung der *lex fori* für den Richter immer noch am einfachsten ist. Die Annahme eines *renvoi* ist daher als nicht praktikabel abzulehnen. Im Ergebnis kommt nämlich bei der Befolgung eines *renvoi* im Falle der Verjährung der *lex fori* praktisch streitentscheidende Bedeutung zu. Die Befolgung des *renvoi* führt zwar zu einer vermehrten Anwendung des Rechts der *lex fori*, was für die Gerichte aus erklärlichen Gründen als begrüßenswert scheinen muß, doch heißt das noch lange nicht, daß ein solches Vorgehen wirklich sachlich berechtigt ist. Bei der unerlaubten Handlung wird damit die Tendenz des Art. 12 EGBGB noch verstärkt ⁴²¹, der fast ausschließlich hart kritisiert wird ⁴²², durch den längeren Verjährungsfristen als die der *lex fori* von vornherein jegliche Wirkung genommen wird. Im Verjährungsrecht muß daher die Beachtung eines „hypothetischen *renvoi*“ abgelehnt werden ⁴²³. Sie hängt überdies von so vielen Voraussetzungen ab, über die, angesichts der zahlreichen zum *renvoi* vertretenen Modifikationen, ohnehin keine Einigkeit zu erzielen sein dürfte. Die zitierte französische Entscheidung ⁴²⁴ hat es wahrscheinlich aus guten Gründen unterlassen, auf die Frage näher einzugehen.

Was das Problem der Anspruchskonkurrenz betrifft, so ist darauf bereits an anderer Stelle eingegangen worden ⁴²⁵. Hinsichtlich der Verjährung ist zu bemerken, daß bei der Anwendungsmöglichkeit unterschiedlicher Rechtsordnungen die Verjährungsfrist der Rechtsordnung den Ausschlag gibt, die auf den Vertrag anzuwenden ist, wenn nach den oben entwickelten Gedanken dem Vertragsrecht der Vorzug zu geben ist. Stehen Vertrag und Delikt gleichberechtigt nebeneinander, dann besteht für den Kläger trotz der Verjährung des einen Anspruchs die Möglichkeit, auf Grund des anderen noch mit seinem Begehren durchzudringen ⁴²⁶.

Wie bei den Enthaftungsklauseln hat aber das Deliktsrecht dann zurückzutreten, wenn der Vertrag eine Abkürzung ⁴²⁷ der gesetzlichen

420 Eine echte Entscheidungsharmonie ist hier ohnehin unmöglich, weil die deutsche Rechtsordnung die Verjährung im materiellen Recht regelt und nicht im Prozeßrecht.

421 Genauer zu Art. 12 EGBGB weiter unten.

422 Fick, Zur Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen (insbes. unlaut. Wettbewerb) im internationalen Privatrecht, SchwJZ 20 (1923/24) 21 ff., ist der einzige, der aus unzutreffenden Gründen Art. 12 EGBGB für gut befindet.

423 Wie hier im Ergebnis auch Arndt AWD 1963, 251 (1. Sp.).

424 Cour d'appel de Paris, 1. 7. 1959 — Rev.crit. 1960, 192.

425 S. 1. Kap., I.

426 RGZ 118, 141 (143).

427 Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist weniger häufig.

Verjährungsfrist⁴²⁸ vorsieht, sofern es sich nicht sogar um die Vereinbarung einer Ausschußfrist (*déchéance*) handelt. Es ist oft schwierig, beide auseinanderzuhalten, weshalb sie auch in gleicher Weise anzuknüpfen sind.

Soweit es erst möglich ist, im Rahmen der Angleichung ein angemessenes Ergebnis zu erzielen, können sich für die Frage der Verjährung besondere Probleme ergeben, wenn nach einem der zur Anwendung stehenden Rechte bereits die Verjährung eingetreten ist, nicht aber nach den übrigen. Ein allgemeines Lösungsschema läßt sich, wie immer in solchen Fällen, nicht geben. Man wird darauf abstellen müssen, in welchen Punkten die heranzuziehenden Rechte divergieren. Unterscheiden sie sich lediglich im Hinblick auf die Länge der Verjährungsfrist, so wird der Anspruch den Ausschlag geben, der noch nicht verjährt ist. Eine Anpassung ist daher hier gar nicht notwendig, weil alternativ vorgegangen wird. Differieren jedoch die einschlägigen Normen in anderer Weise, verneint z. B. das eine Recht den Anspruch, das andere aber nicht, so wird darauf abzustellen sein, welchem Recht im Einzelfall das „Übergewicht“ zugesprochen wird, soweit dies feststellbar ist, und man der Verjährungsfrage überhaupt einen Einfluß bei der Angleichung zuschreiben will. Es wäre ja auch die generelle Feststellung vertretbar, daß eine Berücksichtigung eines Rechtes dann nicht mehr möglich ist, wenn nach diesem schon der Anspruch verjährt ist. Dadurch würde auf diese Weise die Zahl der für die Angleichung einschlägigen Rechtsordnungen reduziert. Ob eine solche mechanische Selektion mit den Grundgedanken der Angleichung vereinbar ist, muß hier dahingestellt bleiben.

V. Währungsrechtliche Probleme bei außervertraglichen Schadensersatzansprüchen⁴²⁹

Soweit ein Schadensersatzanspruch nicht auf Naturalrestitution geht, sondern auf Geld lautet, tritt natürlich bei Fällen mit Auslandsberührung sofort die Frage auf den Plan, welche Währung geschuldet und in welcher Währung bezahlt werden muß.

Da wegen des komplexen Charakters des Währungsrechts in der währungsrechtlichen Spezialliteratur sich meist keine zusammenhängenden Erörterungen hinsichtlich der außervertraglichen Schadens-

428 Nach Cass., 31. 1. 1950 — D. 1950, 261 m.N.v. Lerebours-Pigeonnière = S. 1950. 1. 121 m.N.v. Niboyet = Rev.crit. 1950, 415 m.N.v. Lenoan sind Abmachungen, die die Einschränkung der gesetzlichen Verjährungsfrist zum Gegenstand haben, dann zulässig, wenn sie von dem den Vertrag beherrschenden Recht für zulässig erachtet werden.

429 Systematisch ist zwar die Frage nach der Währung zum engeren Anspruchsinhalt zu zählen (vgl. Neumeyer, IVerwR III 2, S. 155), doch empfiehlt sich für die hier anzuschneidenden Probleme eine gesonderte Behandlung.

ersatzansprüche bei international gelagerten Fällen finden ⁴³⁰, scheint es empfehlenswert, an dieser Stelle das Problem einmal mehr im theoretischen wie im praktischen Zusammenhang darzustellen.

1. Der geldrechtliche Charakter der Schadensersatzschuld

Der Schadensersatzanspruch ist darauf gerichtet, daß der Gläubiger vom Schuldner den Ersatz des entstandenen Schadens entweder in Natur ⁴³¹ oder in einem der dem zugefügten Schaden entsprechenden Wert ⁴³² verlangen kann. Leistungsgegenstand des Geldersatzanspruches ist also der Wert des Schadens als Wertanteil an dem Vermögen des Gläubigers. Dieser Wertanteil läßt sich, die Naturalrestitution bleibt hier außer Betracht, gewöhnlich nur in Geld ausdrücken. Das Geld stellt somit den Wertmaßstab für die Schadensersatzschuld dar, gleichzeitig dient es freilich auch dazu, diesen Wert dem Ersatzberechtigten zu übermitteln, ist daher neben dem Wertmaßstab auch Wertträger. Die Schadensersatzschuld ist sonach eine Wertschuld ⁴³³, keine Geldsummenschuld, weil eben der Hauptgegenstand der zu erbringenden Leistung nicht in einer von Anfang unbedingt feststehenden Geldsumme liegt, sondern im Wertersatz ⁴³⁴. Dadurch, daß der zu ersetzende Schadensersatz eine in Geld auszudrückende Forderung darstellt, haben wir die Verbindung zwischen dem Schuldrecht und der Währung als einem Maßstab für wirtschaftlichen Wert ⁴³⁵ hergestellt. Die Währung kann damit als zum materiellen Inhalt der Schuld gehörend angesprochen werden, da erst mit der Währung — welche es sein soll bzw. sein muß, steht auf einem anderen Blatt — die Schadensersatzforderung zu verifizieren ist.

430 Eine Ausnahme hiervon bildet die Abhandlung von Rutz, Die Schuldwährung der Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Univ. Freiburg i. S., Bd. 25, Freiburg i. S. 1962. Die folgenden Ausführungen werden sich aber sowohl in der Anlage als auch im Ergebnis z. T. von denen von Rutz unterscheiden.

431 Das ist der Grundsatz des deutschen Rechts (§ 249 S. 1 BGB), während das anglo-amerikanische Recht vom Geldersatz als dem Normalfall ausgeht, eine wohl realistischere Auffassung als die des deutschen Rechts.

432 § 251 Abs. 2 BGB regelt einen anderen Fall, nämlich die *facultas alternativa* des Schuldners.

433 Nußbaum, Money in the law national and international, Brooklyn 1950, S. 180 spricht von „adaptable debt“; Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in Scialoja-Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma 1959, S. 170 von „debito di valore“; ders., *I debiti di valore* (in *Studi giuridici sulla moneta*, Milano 1952, S. 63 (87 f.)).

434 Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, S. 173 Anm. 2, meint jedoch, daß Geldwert- und Geldsummenschuld nicht nach ihrem Leistungsgegenstand unterschieden werden könnten, sondern nach den für die Menge der Leistung angewandten Kriterien („La differenza tra debiti di danaro e debiti di valore non può quindi riporsi nella differenza dell'oggetto della prestazione . . . , ma nella diversità del criterio adottato per la determinazione quantitativa della prestazione.“).

435 Neumeyer III 2, S. 118.

Ob und wieweit eine Interdependenz zwischen Schuldrecht und Währungsfrage, vor allem bezüglich der Rechtsanwendung besteht, das soll später genauer untersucht werden.

Die Art des verletzten Rechtsgutes bzw. rechtlich geschützten Interesses ist natürlich ohne Bedeutung für den Charakter der Schadensersatzschuld als Wertschuld. Von welchem Zeitpunkt an die Schadensersatzschuld als Geldschuld anzusprechen ist, ist erst später darzulegen⁴³⁶. Es sei hier nur bemerkt, daß dann, wenn die Wertschuld auf einen festen Betrag gebracht worden ist, es sich nunmehr um eine Geldsummenschuld handelt, die insoweit im wesentlichen keinen Unterschied mehr zur vertraglichen Geldschuld aufweist.

2. Die Schadensersatzschuld als Fremdwährungsschuld

Daß das Recht der *lex loci delicti commissi* den materiellen Inhalt des Schadensersatzanspruches im wesentlichen bestimmt, wurde bereits mehrfach betont. Erleidet also ein Deutscher in Frankreich einen Verkehrsunfall, so bestimmen sich seine zivilrechtlichen Ansprüche nach französischem Recht. Ist damit auch gleichzeitig gesagt, daß die Schadensersatzschuld in französischen Franken auszudrücken ist und in dieser Währung auch bezahlt werden muß?

a) Die Bestimmung der Schuldwährung bei außervertraglichen Verpflichtungen (Einzelschaden)

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß es im folgenden nicht darum geht, in welcher Währung der Schuldner tatsächlich leistet, also die Zahlungswährung zu bestimmen, sondern nur zu untersuchen, ob der außervertragliche Schadensersatzanspruch währungsmäßig von vornherein bestimmt ist oder erst im Lauf des Prozesses festgelegt werden kann. Die Schwierigkeit gegenüber den Ansprüchen aus Vertrag liegt darin, daß ein Ausweichen auf den Parteiwillen nicht möglich ist⁴³⁷ und deshalb allgemeine Regeln aufzufinden sind⁴³⁸. Inwieweit solche allgemeine Regeln überhaupt bestehen, ist angesichts der verwirrenden Lage im Währungsrecht ohnehin fraglich⁴³⁹. Weiterhin ist festzu-

436 S. weiter unten.

437 Haben die Parteien *nach* dem Schadensereignis sich über die Währungsfrage bereits geeinigt, so ist die Schadensersatzschuld in währungsrechtlicher Beziehung wie eine vertragliche Schuld anzusehen. Dieser Fall interessiert daher nicht weiter.

438 Mit dem Parteiwillen kann aber auch bei vertraglichen Verpflichtungen viel Unfug getrieben werden, so vor allem dann, wenn er kaum zu ermitteln ist. Hier wird leicht Zuflucht zum Parteiwillen genommen, um sich der Zwangslage entziehen zu können, allgemeine Grundsätze auffinden bzw. feststellen zu müssen.

439 So äußerte Neumeyer III 2, S. 154 f.: „Wenige Fragen der Rechtswissenschaft befinden sich in einem ähnlichen Zustand der Verwirrung wie die Frage nach der Währung, in der Geldschulden entstehen.“ Dieser Zustand dürfte seit 1930 nicht viel anders geworden sein. Vor allem bestehen zahlreiche terminologische Verwirrungen.

halten, daß die Frage nach der Währung einer auf einen Geldanspruch lautenden Schuld nicht mit derjenigen vermengt werden darf, welche Rechtsordnung in concreto den Schadensersatzanspruch beherrscht; denn es gibt vor allem im Vertragsrecht Schulden, die einer anderen Währung als der *lex causae* unterstehen; aus welchen Gründen spielt hier keine Rolle.

Schon unter 1. ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß die wertmäßige Festlegung der Schuld in Geld einen essentiellen Bestandteil derselben ausmacht, weil sie sonst nicht zu verwirklichen ist. Welches Geld, also welche Währung, hierfür in Betracht zu ziehen ist, beantwortet sich zwar generell nach dem auf die Schuld anzuwendenden Recht; andere Gesichtspunkte können hierbei einen Einfluß ausüben, die zu einer von der *lex causae* verschiedenen Währung führen. Dem steht aber nicht entgegen, daß die Bestimmung der Schuldwährung als ein materiell-rechtliches, nicht als ein kollisionsrechtliches Problem anzusehen ist. Das Obligationenrecht gibt die Antwort, nicht das IPR; das IPR löst ja nicht die Frage, was Schuldinhalt ist, sondern bestimmt allein⁴⁴⁰, welches Recht heranzuziehen ist. Daß evtl. eine fremde Währung geschuldet wird, ändert daran nichts. Es wird ferner noch zu prüfen sein, ob im Bereich des internationalen Deliktsrechts Gruppen von Tatbeständen zu bilden sind, die dann eine währungsrechtliche Andersbehandlung erfahren können, d. h. ob ein „proper law of the money of account“⁴⁴¹ zu entwickeln ist. Dies macht jedoch nicht die Untersuchung entbehrlich, ob für die außervertraglichen Verpflichtungen, insbesondere die unerlaubten Handlungen, nicht doch eine Regel als Ausgangsbasis besteht, die an die Besonderheiten bestimmter Tatbestandsgruppen angepaßt werden könnte⁴⁴².

Als „Anknüpfungspunkte“ für die Bestimmung der Schuldwährung bieten sich etwa an: die *lex causae*, die *lex fori* sowie der Schadensort, der Wohnsitz, der Erfüllungsort oder der Zahlungsort⁴⁴³, um nur einige zu nennen.

Zu der Frage der allgemeinen Bestimmung der Schuldwährung tritt diejenige noch hinzu, ob die Schuldwährung schon mit dem Zeitpunkt

440 Vgl. Neumeyer III 2, S. 155; Ripert, *Les dommages-intérêts en monnaie étrangère*, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 46 (1926) 25 (26); Melchior, *Grundlagen*, S. 277 f., 284; Béquignon, *La dette de monnaie étrangère*, Paris 1925, S. 25.

441 In Anlehnung an die englische Terminologie, die ein proper law of the contract und teilweise auch ein proper law of the tort kennt. „Money of account“ entspricht dem deutschen Begriff Schuldwährung (vgl. Mann, *The legal aspect of money*, 2. A., Oxford 1953, S. 158). Vgl. auch die Anklänge bei Gutzwiller, *Währungen als Gegenstände der Gesetzgebung*, *SchwJZ* 39 (1942/43) 157 (166).

442 In diese Richtung geht die Arbeit von Rutz, die sich besonders mit der Problematik des gewerblichen Rechtsschutzes beschäftigt.

443 Dies vertritt z. B. Perroud, *La détermination de la monnaie de paiement, la clause „paiement or“ et le problème du change*, *Clunet* 1924, 634 ff. für die Haftung aus unerlaubter Handlung.

der Entstehung der Verbindlichkeit festliegt oder ob sie erst nachträglich im Prozeß festzulegen ist.

Einigkeit herrscht im allgemeinen darüber, daß die *lex causae*, also das Schuldstatut, zu bestimmen hat, welche Währung als Schuldwährung in Frage kommen soll⁴⁴⁴, weil eben die Währung als ein Essentiale der Schuld angesehen wird, das nicht von dieser losgelöst beantwortet werden kann. Die Schuldwährung kann nicht eine kollisionsrechtliche Sonderbehandlung erfahren; der *lex fori* oder anderen Anknüpfungspunkten würde damit eine Befugnis zugeschrieben, die keinerlei sachlichen Grund hätte. Würde man die *lex fori* als die maßgebende Rechtsordnung zur Bestimmung der Schuldwährung ansehen, so würde die Schuld unnötigerweise in ihrem Wesen verändert, und bei der unerlaubten Handlung, bei der ja meist mehrere Gerichtsstände und damit auch *fora* zur Auswahl stehen, zu einer Schuld mit u. U. je nach Forum verschiedenem Inhalt führen⁴⁴⁵.

Aus diesen Gründen hat die *lex causae* stets die Schuldwährung zu bestimmen. Damit, daß nun feststeht, welches Recht die Schuldwährung auszuwählen hat, ist aber erst ein Teil der Frage beantwortet; die Hauptfrage, welches die Schuldwährung im Einzelfall ist, stellt sich nach wie vor.

Folgt aus der Geltung des Rechts des Begehungsortes bei unerlaubten Handlungen zugleich die Maßgeblichkeit der Währung dieser Rechtsordnung? Neumeyer⁴⁴⁶ meint, diese Frage bejahen zu müssen. Er glaubte dies damit begründen zu können, daß Geldschulden als fertige Verbindlichkeiten entstünden, und die Geldschuld die Festsetzung der Wertmenge in bestimmten Werteinheiten erfordere; die Verbindlichkeit also in einer bestimmten Währung entstehe. Die Währung könne schon bei der Verwirklichung des rechtserzeugenden

444 Mann, *Legal Aspect*, S. 194; Acarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, S. 481 f.; Neumeyer III 2, S. 158 f. ist der Auffassung, daß dies notwendigerweise die inländische Währung, d. h. die der *lex causae*, sein muß, läßt indes gewisse Ausnahmen zu (aaO S. 162, 165 ff.), so daß seiner Feststellung wohl mehr methodische Bedeutung zukommt.

445 Arminjon hat in Art. 8 in seinem *projet définitif de résolutions* zum Thema „*Les lois politiques, fiscales, monétaires en droit international privé*“ (Annuaire, vol. 43 II S. 4) vorgeschlagen, daß der Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen „sera calculé dans la monnaie du pays où se trouve la résidence habituelle de la victime“. Der Ausdruck *calculer* ist hier mehrdeutig, er weist an sich eher in die Richtung der Rechnungswährung, als in die der Schuldwährung. In Art. 7 des *projet provisoire de résolutions* (aaO S. 43) ist dann auch nicht mehr von *calculer*, sondern von *payer* die Rede. In einer Stellungnahme hat Niboyet (aaO S. 68) zum Ausdruck gebracht, daß es besser sei, von „*devoir*“ statt von „*payer*“ zu sprechen. Im übrigen bestimmt nach Niboyet die *lex loci* für die Schadensersatzschuld ihre Währung und nicht eine andere. Auch Bolla (Annuaire, vol. 45 II S. 273) hält den Ausdruck *calculer* für unzutreffend, ihm fehle die nötige Klarheit.

446 III 2, S. 159.

Tatbestandes bestimmt werden. Demgegenüber ist R u t z ⁴⁴⁷ der Auffassung, daß Deliktsschulden nicht direkt als festbestimmte Geldschulden entstünden, sondern in diesem Stadium nur als „vage“ Rechtsverpflichtungen vorliegen würden, Höhe und Währung würden erst durch Urteil, Parteivereinbarung oder stillschweigende Anerkennung festgelegt. Die Tatsache, daß eine Schuld dem Recht eines bestimmten Landes unterstehe, sage noch nicht, daß auch die Währung dieses Landes die richtige sei ⁴⁴⁸. Wann nun Deliktsschulden als „fertige Verbindlichkeiten“ entstehen, läßt sich nicht auf einen einzigen Nenner bringen. Weder ist es richtig zu sagen, daß sie von vornherein eine „fertige Verbindlichkeit“ darstellen ⁴⁴⁹, noch, daß dies erst mit dem Urteil in der letzten Tatsacheninstanz der Fall sei. Bei Sachverhalten, in denen die Verbindlichkeit schon unmittelbar nach der Begehung der Tat überschaubar ist, d. h. das Maß der Haftung bereits feststeht, so die Fälle der Sachschäden, die keinen weiteren Schaden (wie etwa entgangenen Gewinn) nach sich ziehen, ist es unrichtig zu behaupten, daß die Verbindlichkeit in ihrem Umfang noch nicht genau begrenzt sei ⁴⁵⁰. Wird hier nachträglich im Urteil zur Frage des Schadens Stellung genommen, dann handelt es sich lediglich um eine „deklaratorische“ Festlegung des Schadens ^{451, 452}.

Richterlich konstituiert wird die Verbindlichkeit jedoch nur dann, wenn der Schaden im Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung nicht überschaubar ist, also z. B. solche Schäden, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen sind, sondern sich noch bis zur letzten Tatsachenverhandlung ⁴⁵³ vergrößern können. Als Beispiele bieten sich etwa Körperschäden, entgangener Gewinn, laufende Verschlechterung einer beschädigten Sache, Schmerzensgeldansprüche u. a. an. Hier wird in der Tat der Schaden erst durch das richterliche Urteil liquide ⁴⁵⁴.

Ist damit auch zugleich etwas über die Währung ausgesagt? D. h. tritt bei den illiquiden Schadensersatzforderungen die Währungsfrage

447 AaO S. 17. Auf S. 21 behauptet er allerdings, daß bei der Festlegung einer nicht-vertraglichen Schuld deren Höhe und Währung „irgendwie“ (wie?) gegeben seien!

448 Rutz aaO S. 22.

449 Neumeyer III 2, S. 158 faßt als fertige Verbindlichkeiten indes auch solche Verbindlichkeiten auf, bei denen gewisse Voraussetzungen der Verpflichtung sich nach dem anspruchserzeugenden Tatbestand verwirklichen. Er meint damit wohl, daß die Rechtsfolge noch nicht vollständig bestimmt ist.

450 So etwa Rutz aaO S. 17.

451 Wir lehnen uns hier an die von Lalou, *Déclaratif ou attributif?* (caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile), D. H. 1936, Chr. 69 ff., gebrauchte Terminologie an.

452 „Konstitutiv“ ist das Urteil in diesem Fall nur dann, wenn der Richter die objektiv erkennbare Schadensgröße subjektiv nicht hinreichend erfaßt. S. auch die Ausführungen zu § 287 ZPO.

453 Inwieweit die Schadensentwicklung nach der Tatbestandsverwirklichung noch zu berücksichtigen ist, darüber s. 2. Kap., III.

454 Ascarelli, *Obbligazione pecuniarie*, S. 551, sofern die Liquidität nicht im Wege der Vereinbarung herbeigeführt wurde.

erst in diesem Stadium in Erscheinung oder ist diese unabhängig von der Liquidität ⁴⁵⁵? Die erste Frage ist zu bejahen, die zweite zu verneinen. Solange die Höhe der Verbindlichkeit noch nicht endgültig bekannt ist, wird auch die Währungsfrage nicht praktisch. Für den Tatbestand einer unerlaubten Handlung ist die Währung ohne Bedeutung, sie ist nur für die Rechtsfolge von Interesse. Da aber eine währungsmäßige Erfassung des Schadensersatzanspruchs erst mit dessen Festlegung notwendig wird, ist das entscheidende Gewicht der Konkretisierung der Rechtsfolge beizumessen ⁴⁵⁶. In dem Augenblick, in dem das anzuwendende Recht ermittelt ist, braucht die Schuldwährung noch nicht festgelegt zu sein. Die Bestimmung der Schuldwährung kann zeitlich später erfolgen. Daraus läßt sich aber nicht ableiten, daß etwa die *lex fori*-Währung die maßgebende ist ⁴⁵⁷, nur weil der Richter der *lex fori* dem Schadensersatzanspruch feste Konturen verleiht.

Welche Währung hierfür geeignet ist, ist angesichts der Vielfalt der Tatbestände nicht aprioristisch zu beantworten. Für die unerlaubte Handlung heißt das, daß nicht immer die *lex loci*-Währung auch „die richtige“ sein muß ⁴⁵⁸, aber sie kann es sein ⁴⁵⁹.

Auf die grundsätzliche Trennung von international-privatrechtlicher und materiell-rechtlicher Frage wurde schon aufmerksam gemacht; dies schließt jedoch nicht aus, daß für die Ermittlung der angemessenen Währung für Deliktsschulden nicht auch die international-privatrechtlichen Gedankengänge, die bei der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung ins Feld geführt wurden, für die Währungsfrage, die dem materiellen Recht zuzuzählen ist, fruchtbar gemacht werden können. Sieht man einmal von der *proper law*-Theorie von Morris ⁴⁶⁰ ab, so spielt sich im allgemeinen der Streit zwischen der Anwendung des Rechts des Handlungs- oder des Erfolgsortes ab. Es wurde ⁴⁶¹ und wird ⁴⁶² auch noch die Berücksichtigung des Schadens-

455 So Neumeyer III 2, S. 158. A. A. Rutz aaO S. 17 f.

456 A. A. Neumeyer III 2, S. 158.

457 Ähnlich aber Raape, IPR, S. 532 f.

458 Zutreffend Rutz aaO S. 22. Vgl. auch Nußbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen 1925, S. 244 f., 255; Arminjon, *Précis*, vol. II Nr. 130 (S. 357).

459 Die Note: *Fluctuating rates of exchange and the conflict of laws*, 40 *Harv.L.Rev.* 619, 625 (1926-27) spricht sich allgemein für die Währung der *lex loci* aus. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß infolge der im anglo-amerikanischen Recht herrschenden compulsory conversion rule das Urteil nur auf die Währung der *lex fori* ergeht.

460 Genauer entwickelt in *The proper law of a tort*, 64 *Harv.L.Rev.* 881 ff. (1950-51); im Ansatz schon in 12 *Mod.L.Rev.* 248, 252 (1949) anlässlich der Besprechung des schottischen Falles *McElroy v. McAllister*. Neuestens wieder: *The proper law of the tort again*, 79 *L.Q.R.* 484 (1963).

461 R. Schmidt, Der Ort der unerlaubten Handlung im internationalen Privatrecht, Festschr. f. H. Lehmann, Berlin 1937, S. 175 ff.

462 Batiffol, *Traité*, Nr. 560 (S. 609).

ortes vorgeschlagen, weil ja der Schaden für den Anspruch aus unerlaubter Handlung das maßgebende Moment sei. Ob diese Ansicht bezüglich der Rechtsanwendungsproblematik haltbar ist, mag hier dahingestellt bleiben, jedenfalls ist sie für die Bestimmung der Schuld-währung nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Schwierig ist es jedoch, in manchen Fällen festzustellen, wo der Schaden eingetreten ist, vor allem wenn zwischen dem zu ersetzenden „unmittelbaren“ Schaden und dem „mittelbaren“ Schaden⁴⁶³ unterschieden wird. Dem Begriff „Schadensort“ fehlt häufig die notwendige Prägnanz⁴⁶⁴; so ist es fast unmöglich, bei unerlaubten Handlungen auf dem Gebiete des Wettbewerbs schädigende Rückwirkungen der Handlungen im Heimatstaat im allgemeinen von den am Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision evtl. auftretenden unmittelbaren Schädigungen auseinanderzuhalten, dies macht die wirtschaftliche Verflechtung eines Unternehmens und die Interdependenz zahlreicher Märkte unmöglich. Ein mannigfach verwendbares Kriterium für die Bestimmung der Währung kann daher der Schadensort nicht bieten. Dies wird noch dadurch verdeutlicht, daß jemand im Gebiet der *lex loci* einen Körperschaden erleidet, bei der Durchreise in einem anderen Staat einen Arzt in Anspruch nehmen muß und auf der Weiterreise an dieser Körperverletzung in wieder einem anderen Lande stirbt. Der Schädiger ist zum Ersatz der Arztkosten wie auch für den Unterhalt der Angehörigen verpflichtet⁴⁶⁵. Beide Ansprüche haben ihren Grund in der unerlaubten Handlung; daß aber der Unterhaltsanspruch der Angehörigen und der Anspruch wegen Körperverletzung in der gleichen Währung zu bezahlen sind, entbehrt wohl jeder Grundlage. Der Unterhaltsberechtigte muß seinen Unterhalt in der Währung erhalten, die er normalerweise zu seinem Leben benötigt; das ist die Währung des Staates, in dem sich der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen befindet.

Die Währung des Schadensortes ist nur in den Fällen ein brauchbares Instrument, in denen sich Rechtsverletzung und Schadenseintritt auf das gleiche Staatsgebiet erstrecken. Sie fällt dann zusammen mit der Währung der *lex loci* und ist daher insoweit entbehrlich. Wenn aber Schaden und Rechtsverletzung sich in Gebieten mehrerer Rechts-

463 Der Schadensort als Anknüpfungsbegriff ist in ähnlicher Weise wie der Verweisungsbegriff zu „qualifizieren“ (Morelli, *Elementi di d.i.p.*, 7. A., Napoli 1962, S. 42).

464 Mit der Währung des Schadensortes darf nicht das Nußbaum'sche „money of damages“ verwechselt werden. Er gebraucht diesen Begriff synonym für Schuld-währung bei Schadensersatzansprüchen.

465 Der Kreis der Angehörigen kann natürlich je nach dem anwendbaren Recht variieren. Es sei nur auf den Versorgerschaden des schweizerischen Rechts hingewiesen (Art. 45 Abs. 3 OR). Vgl. auch die niederländische Entscheidung H.R., 18. 3. 1938 — N.J. 1939 Nr. 69.

ordnungen abspielen, dann ist es oft sehr schwierig, eine Antwort darauf zu geben, wo der Schaden eingetreten ist. Eine sichere Regel bietet also die Annahme, daß der Schaden in der Währung zu ersetzen sei, die am Schadensort gilt, nicht. Mehr Bedeutung kommt der These zu, daß die Währung maßgebend sei, in der der Schaden entstanden ist ⁴⁶⁶.

aa) Schadenseintritt und Schadensbehebung

Will man dem Problem angemessen zu Leibe rücken, ist es notwendig, vorab sich eine Unterscheidung vor Augen zu halten, nämlich jene zwischen Schadenseintritt und Schadensbehebung. Beide dürfen nicht zusammengeworfen werden ⁴⁶⁷. Die Mittel, die zur Behebung des Schadens ausgegeben werden, nennt man ebenfalls noch Schaden ⁴⁶⁸. Erleidet jemand in Frankreich einen Autounfall, läßt seinen Wagen in Deutschland reparieren und klagt in der Schweiz auf Begleichung der Reparaturrechnung ⁴⁶⁹, soll der Beklagte — nehmen wir an, er sei Schweizer, der Kläger Deutscher — nun zur Zahlung von französischen oder schweizerischen Franken oder deutscher Mark verurteilt werden? Soll hier französische Währung zugesprochen werden, obwohl in Frankreich mit der Schadensbehebung gar nicht begonnen wurde? Nach Neumeyer ⁴⁷⁰ müßte auf französische Franken erkannt werden, da er nur für den Fall der Naturalherstellung ⁴⁷¹ ein Abgehen von der Währung der *lex causae* billigt. Daß diese Lösung unbefriedigend ist, wenn eine Währung zugesprochen wird, die mit der Schadensbehebung in keinerlei Zusammenhang steht, dürfte keines weiteren Beweises bedürfen. Schließlich ist hier deutsches Geld zur Bezahlung erforderlich gewesen. Es liegt also nahe, den Beklagten zur Zahlung deutscher Währung zu verurteilen. Nehmen wir an, es handle sich um einen schweizerischen Kläger, so hatte dieser in der Regel ⁴⁷², um in deutscher Währung bezahlen zu können, zuerst noch für Schweizer Franken Deutsche Mark zu kaufen. Letztlich hat er also nicht deutsche, sondern schweizerische Währung aufgewendet.

466 So Rutz aaO S. 24. Man darf freilich nicht übersehen, daß der Begriff des Schadens hierbei oft mehrdeutig ist. Vgl. insbes. Neumeyer III 2, S. 165 f.

467 Bei Rutz aaO S. 24, 25 herrscht in dieser Hinsicht keine vollkommene Klarheit.

468 Es zeigt sich hier, daß es sich beim Schaden doch um ganz verschiedene Dinge handeln kann, folglich der Schadensbegriff alles andere als eindeutig ist. Vgl. Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 314. Er weist zutreffend darauf hin, daß bei der unerlaubten Handlung der Schaden an sich in der Verletzung des Rechtsgutes bestehe, die Vermögenseinbuße sei nur eine Folge hiervon.

469 Anderweitiger Schaden ist nicht eingetreten.

470 AaO III 2, S. 158.

471 AaO III 2, S. 166 f.

472 Es sei hier davon abgesehen, ob er evtl. ein deutsches Konto unterhält.

Kann in diesem Fall auf Schweizer Franken erkannt werden? Die Frage dürfte zu bejahen sein ⁴⁷³.

Besteht indes der Schaden nicht bloß in den Auslagen, sondern hat er größeren Umfang und ist er demnach lediglich ein Posten des Gesamtschadens, dann ist die Sachlage wieder eine andere ⁴⁷⁴.

Reparatur- und Heilungskosten, Kauf einer der eingebüßten entsprechenden Sache, kurz alle Sach- und sonstigen Vermögensschäden, die behebbare und durch den Kläger behoben worden sind, sind in der Währung zuzuerkennen, die zur Behebung aufgewendet worden ist. Technisch läßt sich dies leicht feststellen, es brauchen nur die Belege eingesehen werden, die zu Beweiszwecken ohnehin vorgelegt werden.

bb) Nichtbehebbarer Schaden

In welcher Währung sind nun „nichtbehebbarer“ Schäden zuzusprechen? Unter nichtbehebbarer Schäden verstehen wir solche Schäden, bei denen eine Naturalrestitution ausgeschlossen ist, und daher der Verletzte auch nicht auf seine Veranlassung hin, einen dem früheren Zustand entsprechenden wiederherstellen lassen kann, etwa entgangener Gewinn, Schmerzensgeld, Lohnausfall, Wertminderung. Als Leitgedanke kommt hier eine dritte Währung wie in der Gruppe der behebbaren Schäden nicht in Betracht, an der man einen relativ sicheren Ausgangspunkt hatte. Des weiteren ist noch die Frage zu untersuchen, ob bei der Währungsbestimmung nach den einzelnen Tatbeständen oder nach der Verschiedenheit der Rechtsfolgen zu differenzieren bzw. ob auf beide wechselweise oder gemeinsam abzustellen ist. Die zur Debatte stehenden Fälle unterscheiden sich also von den vorigen dadurch, daß hier solche Einflüsse in Rede stehen, die allein am Vermögen des Geschädigten hervortreten, die nur durch den Vergleich zweier Vermögenslagen errechnet werden können.

Man könnte versucht sein, die Lösung darin zu finden, daß eine Schadensersatzforderung aus unerlaubter Handlung in der **Währung** ausgedrückt werden soll, in die normalerweise das Vermögen des Geschädigten eingestuft wird, weil eben für die Ermittlung des Schadens die reale und die hypothetische, d. h. ohne Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses gedachte Vermögensanlage, miteinander in Vergleich zu setzen sind. Als Ausgangsbasis erscheint dies durchaus tragfähig zu sein. Für den „nichtbehebbarer“ Vermögensschaden mag

⁴⁷³ Mann, Legal Aspect, S. 209 und Das Recht des Geldes, Frankfurt-Berlin 1960, S. 203 tendiert auch zu dieser Meinung hin; ferner Béquignon aaO S. 29 und Rutz aaO S. 25.

⁴⁷⁴ Über diese s. unten. Es können natürlich insofern Zweifel aufkommen, welche Währung maßgebend sein soll, wenn z. B. zwei Schadensposten gleich groß sind.

daher als heuristisches Prinzip gelten, daß der Schaden in der Währung zu ersetzen ist, in der er entstanden ist ⁴⁷⁵.

In welcher Währung entsteht ein Schaden dieser Art? Eine Antwort auf diese Frage läßt sich nur dann finden, wenn es möglich ist, das Vermögen irgendwo zu lokalisieren und damit unter ein währungsrechtliches Schema zu bringen. Hiermit darf aber nicht die Frage vermengt werden, daß der zum Vermögen gehörende Teil in Form des Schadensersatzanspruches selbst einem anderen Recht unterstehen kann als das Vermögen im ganzen. Die rechtliche Bedeutung des Vermögens erschöpft sich in unserem Fall darin, eine einheitliche währungsrechtliche Zuordnung zu schaffen, weitere Folgen, wie etwa die Behandlung des Vermögens im Erbfall, stehen außerhalb der Betrachtung ⁴⁷⁶.

Der „Sitz“ des Vermögens ist nun im allgemeinen dort zu suchen, wo der Inhaber des Vermögens den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen hat; gewöhnlicherweise ist dies bei natürlichen Personen der Wohnsitz bzw. die Geschäftsniederlassung, bei juristischen Personen ebenfalls der Geschäftssitz ⁴⁷⁷. Sonach ist also die an diesem Ort geltende Währung das angemessene währungsmäßige Bezeichnungsmittel für Schadensersatzschulden, sofern andere Faktoren diese Angemessenheit nicht in Frage stellen.

Es kann natürlich hier nicht der Ort sein, die in Betracht kommenden einzelnen Fallgruppen im Hinblick auf die Währungsfrage zu durchleuchten. Nur einige wichtige seien herausgegriffen. Der Geschädigte hat etwa nicht unbeträchtliche Teile seines Vermögens im Ausland. Wenn nun feststellbar ist, daß die schädigende Handlung gerade diesen Vermögensteil besonders betroffen hat, dann ist nicht einzusehen, weshalb der ihm entstandene Schaden nicht in dieser Währung ausgedrückt werden soll ⁴⁷⁸, so vor allem bei Zweigniederlassungen eines

475 Kahn-Freund in Dicey-Morris, Conflict of laws, 7. A., London 1958, S. 887. Ähnlich auch Rutz aaO S. 24. Die hier vertretene Auffassung ist nur insoweit eine andere, als diese Lösungsmöglichkeit sich nicht auf jeden Schaden erstreckt. Schaden ist eben nicht gleich Schaden. Im internen deutschen Recht tritt neuerdings Larenz, Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 1963, 1 ff. für einen gegliederten Schadensbegriff ein; früher schon K. Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, Leipziger rechtswissenschaftl. Studien H. 124, Leipzig 1943, S. 50 ff.

476 Das Problem Einzelstatut — Gesamtstatut liegt ja auf dem Gebiet des IPR. Hierzu im einzelnen Zitelmann, IPR II, S. 21 ff.

477 Nußbaum, Money, S. 405: „The best standard comparatively seems to be the currency under which the damaged party did his business or, if without business, was living. This means practically that the currency of his domicile should normally be contemplated.“ Ähnlich für das interzonale Recht Mampel, Wie sind Verpflichtungen zu erfüllen, wenn Gläubiger und Schuldner in verschiedenen Währungsgebieten wohnen? JR 1949, 30 (31).

478 Hierbei ist für unser Problem gleichgültig, ob man diese Vermögensteile als Sondervermögen ansieht oder nicht.

Unternehmens oder bei größeren Sachbeständen, bei denen durch die unerlaubte Handlung eine Wertminderung eingetreten ist. Normalerweise ist ja die Wertminderung nach dem oben aufgestellten Grundsatz in der Währung des Ortes auszudrücken, an dem das ganze Vermögen des Geschädigten zentralisiert ist.

Auch der entgangene Gewinn ist in der Währung der Geschäftsniederlassung bzw. des Wohnsitzes zu veranschlagen⁴⁷⁹. Änderungen können hier allerdings insofern eintreten, als der Gewinn nicht notwendigerweise in dieser Währung zu entgehen braucht. Eine feste Regel hierfür aufzustellen, erscheint uns nicht gangbar zu sein.

Was den Ersatz immateriellen Schadens angeht, also die Zuerkennung von Schmerzensgeld, ist ebenfalls auf den Wohnsitz des Geschädigten abzustellen. Demnach ist ihm in der dort gebräuchlichen Währung das Schmerzensgeld zuzusprechen.

Für die Bestimmung der Schuldwährung bei Einzelschäden kommen wir daher zu dem Ergebnis, daß in der Regel die Schadensersatzschulden aus unerlaubter Handlung nicht in der Währung der *lex loci*, sondern in der des Wohnsitzes bzw. der der Geschäftsniederlassung auszudrücken sind⁴⁸⁰. Gewisse Abweichungen, etwa zugunsten der *lex loci*-Währung, sind durchaus möglich, lassen sich aber in keine allgemeine Formel fassen⁴⁸¹.

b) Die Bestimmung der Schuldwährung bei außervertraglichen Verpflichtungen (Gesamtschaden)

Bei unseren bisherigen unter a) erfolgten Erörterungen sind wir davon ausgegangen, daß nur jeweils eine Schadensform in Frage kam, etwa Ersatz eines Kuraufenthaltes oder Ersatz des entgangenen Gewinnes. Aber gerade in vielen Fällen treffen oft mehrere Schadensformen miteinander zusammen, so — um wieder auf unser vorher genanntes Beispiel vom Autounfall zurückzukommen — kann etwa der Verletzte neben dem Schaden, der aus der Beschädigung seines Wagens entstanden ist, weiteren Schaden darin haben, daß er Lohnausfall hat bzw. falls er Geschäftsmann ist, entgangenen Gewinn veranschlagen kann. Der Schaden setzt sich hier aus mehreren Posten zusammen, die mitunter in verschiedenen Währungen ausgedrückt sein können, obwohl die Anspruchsgrundlage selbst, nämlich der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, nur einem Recht, dem der *lex loci*, untersteht.

479 So Nußbaum, Money, S. 405; a.A. Rutz aaO S. 63, 66 (Währung des Verletzungs-ortes).

480 A.A. Neumeyer III 2, S. 159.

481 Rutz aaO S. 63 glaubt dies für Schadensersatzansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen tun zu können.

Als weiteren Fall des Gesamtschadens läßt sich auch der Sachverhalt kennzeichnen, bei dem ein Gesamtgeschehen vorliegt, das rechtlich aber in selbständige Handlungen zerlegt wird, die von verschiedenen Rechten beherrscht werden, der daraus sich ergebende Schaden aber in einem Prozeß geltend gemacht wird⁴⁸². Hier ist es möglich, daß der Schaden, der aus dieser „Gesamthandlung“ entstanden ist, sich in einer Währung ausdrücken läßt. Unlauterer Wettbewerb in mehreren Staaten gegen den gleichen Wettbewerber, Verletzung der territorial selbständigen, aber inhaltlich gleichen Zeichenrechte, die dem gleichen Inhaber zustehen, mögen dies als Beispiele verdeutlichen.

Da beide Fallgruppen keinen inhaltlichen Zusammenhang aufweisen, sollen sie auch getrennt behandelt werden.

aa) Der Gesamtschaden, der sich aus mehreren Einzelposten zusammensetzt

Für den hier zu behandelnden Fall bietet das Seerecht zahlreiche Beispiele, es sei hier nur an den Sachverhalt der englischen Entscheidung *The Volturno*⁴⁸³ erinnert:

Ein italienisches Schiff war im Mittelmeer mit einem anderen Schiff zusammengestoßen, dabei entstand Sachschaden, der repariert werden mußte. Für den Zeitraum, während dessen das Schiff infolge der Reparaturarbeiten nicht einsatzfähig war, wurde Schadensersatz wegen Verlust an Schiffscharter verlangt. Über die Reparaturkosten hatten sich die Parteien schon vorher geeinigt.

Durch den Schiffszusammenstoß waren also Reparaturkosten wie auch entgangener Gewinn verursacht worden. Der Schaden setzte sich demnach aus mehreren Einzelposten zusammen⁴⁸⁴.

Bei derartigen, aus mehreren Posten bestehenden Schäden ergeben sich vor allem zwei Schwierigkeiten: Einmal die Währung für jeden Einzelposten zu bestimmen und zum anderen einer der beiden Währungen den Vorrang einräumen zu müssen; denn für den Geschädigten ist es meist nicht zumutbar, daß er den Schaden, der ihm zugefügt wurde, in mehreren Währungen ersetzt erhält, sondern es entspricht auch mehr dem allgemeinen Empfinden, daß aus einer Schädigung auch nur ein Ersatzanspruch in *einer* Währung entsteht.

Die erste der beiden genannten Schwierigkeiten stellt sich in der Regel bei solchen Sachverhalten ein, in denen behebbarer und nicht-behebbarer Schaden zusammentreffen. Es geht somit darum, nicht nur die Schuldwährung zu bestimmen, sondern auch die Rechnungswäh-

482 So, wenn für alle Einzelhandlungen ein gemeinsames Forum vorhanden ist.

483 (1921) 2 A.C. 544 = Clunet 1922, 436. Dieser Fall ist im übrigen ein Beispiel dafür, daß — prozessual gesehen — ein Rechnungsposten als Schaden schlechthin erscheint. Zum Problem der oft zweifelhaften Abgrenzung, was noch Rechnungsposten oder schon Gesamtbetrag ist, vgl. auch Neumeyer III 2, S. 214.

484 Daß mit der Klage nur der Verlust an Schiffscharter verlangt wurde, kann hier unberücksichtigt bleiben.

rung⁴⁸⁵, weil sie ja im Endergebnis nicht die geschuldete Währung darstellt; sie dient nur zu ihrer leichteren Festlegung. Nach den materiell-rechtlichen Vorschriften entspringt aber aus einer unerlaubten Handlung nur *ein* Schadensersatzanspruch und nicht mehrere.

Weil nun aber der behebbare Schaden im Fall seiner Behebung oft Auslagen in einer anderen Währung erfordert, entsteht die Notwendigkeit, diese Auslagen als Rechnungsposten auf den gemeinsamen währungsrechtlichen Nenner der Schadensersatzschuld zu bringen. Die größere Schwierigkeit besteht indes darin, zu bestimmen, welche Währung als Schuldwährung und welche als Rechnungswährung anzusehen ist. Die hierfür maßgebenden Kriterien liegen mehr oder weniger im Dunkeln, wenn man der Neumeyer'schen These⁴⁸⁶, daß bei Deliktsansprüchen die *lex causae*-Währung maßgebend sei, nicht Gefolgschaft leisten will⁴⁸⁷.

Gegen eine aprioristische „Geltung“ der *lex causae* für die Währungsbestimmung ist jedoch einzuwenden, daß die Festlegung, welches Recht im Einzelfall *lex causae* ist, von den Kollisionsnormen der *lex fori* abhängt, die aber — man vergegenwärtige sich nur etwa die Anknüpfung an den Erfüllungsort, an das „proper law of the contract“ oder an die *lex loci actus* — nicht notwendigerweise gleich ausfallen muß, und es in der Regel auch nicht tun wird. Das gleiche gilt für Deliktsansprüche, falls sie Anknüpfungspunkte zu mehreren Staaten

485 Interessanterweise besteht zwischen dem englischen Original des Buches von Mann, *Legal Aspect*, S. 204 Anm. 1, und der deutschen Übersetzung, *Recht des Geldes*, S. 198 Anm. 84, ein sachlicher Unterschied. Im Original heißt es: „... the necessity for determining the money of account in which the items are expressed“, in der deutschen Übersetzung aber „... der Zwang, die Rechnungswährung, in der die Posten ausgedrückt sind, zu bestimmen ...“. Hier scheint die Übersetzung genauer zu sein als das Original; denn normalerweise bedeutet „money of account“ Schuldwährung und nicht Rechnungswährung (vgl. Mann, *Legal Aspect*, S. 158 f.).

486 AaO III 2, S. 159; Lüders, *Das Währungsstatut interzonaler Geldverbindlichkeiten*, MDR 1948, 384 (386); Beitzke, *Hauptprobleme des interzonalen Privatrechts*, JR 1952, 419 (421); Scaduto, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano 1924, S. 95; Ascarelli, *Risarcimento del danno e moneta estera*, *Foro it.* 1929 I 753, hier zit. nach *Studi giuridici sulla moneta*, S. 103 (109 f.); ders., *Obbligazioni pecuniarie*, S. 185, 481 f.; vgl. auch Fenichel, *Entschädigung und Kompensation in fremder Währung*, ZöStR 2 (1928) 1494 f. Aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung: OGHZ 2, 379 (387) (vgl. auch in der gleichen Sache BGHZ 3, 321); OLG Hamburg, 6. 1. 1949 — IPRspr. 1945-49 Nr. 10; LG Mannheim, 18. 9. 1953 — IPRspr. 1954-55 Nr. 162; LG Mannheim, 6. 6. 1956 — IPRspr. 1956-57 Nr. 173; KG, 27. 8. 1949 — IzRspr. 1945-53 Nr. 228. Vgl. auch BGHZ 5, 138. Der BGH hat in BGHZ 14, 212 (217) = VersR 1954, 485 (486) ohne nähere Begründung festgestellt, daß Schadensersatzansprüche nicht zu solchen Ansprüchen gehören würden, die von vornherein auf eine bestimmte Währung lauteten.

487 Mann, *Legal Aspect*, S. 205, bestreitet dies. S. auch Gutzwiller, *Der Geltungsreich der Währungsvorschriften*, Freiburg i. S. 1940, S. 102 Anm. 20, 107 („Währungsschulden tragen also in zahlreichen Fällen bei ihrer Entstehung kein die *lex causae* anzeigendes Etikett an der Stirne.“).

haben. Hier Handlungs-, dort Erfolgsort, hier gemeinsames Heimatrecht, dort Anwendung der *lex loci delicti commissi* ⁴⁸⁸. Ferner etwa die sich aus Anpassungsvorgängen ergebenden Entscheidungen, die meist überhaupt nicht im voraus berechenbar sind oder die berühmtesten Fälle des Schiffszusammenstoßes auf hoher See, bei denen häufig noch die *lex fori* in materiell-rechtlicher Hinsicht mit ins Spiel kommt. All diese Konstellationen zeigen, daß der These von der *lex causae*-Währung kein größerer Erkenntniswert zukommt als etwa der von der Währung des Wohn- oder Geschäftssitzes. Die *lex causae*-Währung wäre nur dann als angemessene Währung anzusehen, wenn die Kollisionsnormen der einzelnen *Fora* auf die gleiche *lex causae* verweisen würden ⁴⁸⁹. Bietet demnach die Währung der *lex causae* wegen ihrer mannigfach auftretenden Unbestimmtheit nicht die ausreichende Sicherheit für die Anknüpfung der Schuldwährung, so kommt doch dem Wohn- bzw. Geschäftssitz des Geschädigten als Anknüpfungspunkt eine relativ große Beständigkeit zu. Daher ist der Wohn- bzw. Geschäftssitz des Geschädigten eine geeignete Ausgangsbasis, zumal auch in dem hier herrschenden Währungssystem der nichtbehebbarer Vermögensschaden auszudrücken ist.

Mit der Auffindung der Leitwährung ⁴⁹⁰ für den Gesamtschaden erschöpfen sich aber die Probleme bezüglich des Verhältnisses zwischen Rechnungsposten und Gesamtanspruch noch keineswegs. Bis jetzt steht nur fest, daß eine bestimmte Währung vor einer anderen den Vorrang genießt ⁴⁹¹.

Nunmehr ist aber zu fragen, welche Währung über die Umwandlung in die Leitwährung bestimmt. Es gilt einen Wertvergleich durchzuführen, und zwar dergestalt, daß die Summe, die in ausländischer Währung zur Deckung irgendwelcher Auslagen ausgegeben worden ist, wertmäßig in die Schuldwährung überführt werden soll; welcher Zeitpunkt hierfür in Frage kommt, ist ein zusätzliches Problem. Da

488 Nach der Rechtsprechung des RG ist die *lex causae* nicht vollständig von vornherein bestimmt, da dem Kläger ja die Wahl gelassen wird, sich für das Recht des Handlungs- bzw. des Erfolgsortes zu entscheiden.

489 Treffend Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Währungsvoorschriften, S. 106: „Man wird sich in solchen und analogen Fällen fragen müssen, ob die angeblich zentrale, auch für den Inhalt von Währungsschulden kompetente Auskunftsstelle bei der *lex causae* nicht in Wirklichkeit eine Ambulanz ist, deren Stationen erst eine retrospektive Vertragsauslegung festlegen kann.“ Ferner aaO S. 106 Anm. 27: „Für internationalrechtliche Nihilisten sind solche Tatbestände an sich ein Angriffspunkt, da sie überhaupt nur par enchantement rechtsverbindlich werden (denn wo ist die *loi surnaturelle*, die den Kontakt zwischen zwei verschiedenen Rechtsordnungen zustande bringt?): daß man ihnen nun aber auch noch, *par-dessus le marché*, eine *lex causae* „entnimmt“ und diese letztere über „den Inhalt“ der Geldschuld orakeln läßt, das bleibt ein tiefes Mysterium.“

490 Diese ist natürlich nicht in dem Sinne gemeint, wie dies etwa üblicherweise beim amerikanischen Dollar geschieht, wenn gesagt wird, daß diesem die Funktion einer Leitwährung zukomme. Neumeyer III 2, S. 215, 220 spricht von Endwährung.

491 Neumeyer III 2, S. 158 (oben).

der Rechnungsfaktor in einer Währung ausgedrückt ist, kommt als Mittel für den Vergleich der Kurswert in Frage.

Welcher Kurswert entscheidet, der der *lex fori*, der der Schuld- (Leit-)währung oder der der Rechnungswährung? Da die Gesamtforderung in einer einheitlichen Währung ausgedrückt werden soll, dürfte der Kurs der Schuld- (Leit-) währung⁴⁹² der zur Umrechnung maßgebende sein; in seinem Maß soll der Rechnungsfaktor ausgedrückt werden⁴⁹³.

Damit ist aber noch nicht festgestellt, welcher Zeitpunkt für die Umrechnung als maßgeblich angesehen und welchem Recht er entnommen werden muß. Auszuscheiden ist von vornherein der Zeitpunkt, an dem die Umrechnung erfolgt; denn das Prozeßrecht der *lex fori* hat keinerlei Einfluß auf diese Frage, weil der Wertvergleich eine Frage des materiellen Rechts und nicht des Prozeßrechts ist. Somit bleibt allein der Zeitpunkt übrig, der für den in der Rechnungswährung ausgedrückten Schaden charakteristisch ist, zudem es mithin notwendig war, die Forderung in geldrechtliche Maßstäbe zu fassen⁴⁹⁴. Bei Auslagen ist dies im Zeitpunkt ihrer Bezahlung erforderlich; damit sind sie mengenmäßig konkretisiert, es steht jetzt fest, wieviel der Geschädigte bezahlen muß. Eine Verschiebung kann sich noch insoweit ergeben, als der Geschädigte die Währung, auf die der Rechnungsfaktor lautet, sich erst verschaffen muß. Hier ist der Kurs des Beschaffungszeitpunktes und nicht der der Bezahlung ausschlaggebend⁴⁹⁵. Freilich brauchen beide nicht unbedingt zeitlich zu differieren, sondern können auch zusammenfallen.

bb) Der Gesamtschaden, der sich aus einer Gesamthandlung ergibt⁴⁹⁶

Der unter aa) behandelte Gesamtschaden war die Folge aus einem Geschehen, das von einer Rechtsordnung beherrscht wurde. Im folgenden Fall beruht der Gesamtschaden aber auf einer Mehrzahl von Schadensersatzansprüchen, die jeweils einem unterschiedlichen Recht unterfallen. Der Zusammenhang ist nicht rechtlicher, sondern nur rein tatsächlicher Natur; es handelt sich um einen tatsächlichen Vorgang, der sich über mehrere Rechtsordnungen erstreckt und von jeder dieser berührten Rechtsordnungen insoweit beherrscht wird, als deren Geltungsbereich in den Handlungskomplex miteinbezogen ist. Die einheitliche Handlung hat mehrere selbständige Rechtsverletzungen

492 Ähnlich Neumeyer III 2, S. 217.

493 Welcher Kurs hierbei zu wählen ist, kann nicht weiter erörtert werden.

494 Vgl. Neumeyer III 2, S. 215.

495 Ähnlich Mann, Legal Aspect, S. 407. Vgl. ferner Neumeyer III 2, S. 220 (a.E.).

496 Nicht behandelt wird der Fall, wenn durch eine Handlung Angehörige verschiedener Staaten Schaden erleiden (etwa durch einen Flugzeugabsturz). Hier stehen auf der klägerischen Seite jeweils andere Parteien, und es kann dabei wohl angemessen sein, eine Verurteilung in jeweils einer anderen Währung auszusprechen.

zur Folge, die von mehreren Ersatzpflichten begleitet werden. Es wurde eingangs bereits das Beispiel aus dem Immaterialgüterrecht erwähnt: Export des Schädigers in solche Länder, in denen der Geschädigte ein jeweils gleichwertiges Warenzeichen oder Patent besitzt⁴⁹⁷, der seine Ware mit einem gleichen oder ähnlichen Zeichen versehen hat bzw. unlauterer Wettbewerb gegen den gleichen Wettbewerber oder Urheberrechtsverletzungen in mehreren Staaten.

Aus Gründen der Prozeßökonomie führt hier der Kläger gegen den Beklagten nur einen Schadensersatzprozeß. Dies ist natürlich nur insoweit möglich, als ein Gerichtsstand auch sämtliche Teile der Gesamthandlung erfassen kann. Dieser dürfte in der Regel an dem Ort gegeben sein, von dem aus die Gesamthandlung ihren Ausgang genommen hat. Lediglich bei Patentstreitigkeiten sind z. B. nach der deutschen Rechtsprechung⁴⁹⁸ Verletzungen, die im Ausland erfolgt sind, im Inland nicht verfolgbar.

Wenn nun also aus der Verletzung verschiedener territorial unabhängiger, absoluter Rechte jeweils ein besonderer Schadensersatzanspruch fließt, so bedeutet dies nicht, daß damit auch der einzelne Schadensersatzanspruch in einer verschiedenen Währung, etwa der der *lex loci*, zugesprochen werden muß. Dies ist nur nach der Ansicht derjenigen der Fall, die bei Schadensersatzansprüchen aus Delikten die *lex loci* auch hinsichtlich der währungsrechtlichen Beziehung entscheiden lassen⁴⁹⁹.

Erfolgt die Zusammenfassung der einzelnen Handlungsteile auch nur aus prozessualen Gründen, so besteht eine gewisse innere Verbindung dieser rechtlich verschieden zu beurteilenden Handlungsteile darin, daß auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite immerhin die gleichen Personen stehen. Es würde jäher auf den ersten Blick befremden, den Schaden, der dem Kläger durch ein gezieltes Vorgehen des Beklagten entstanden ist, in so vielen Währungen zuzusprechen, als Staaten bzw. Rechtsordnungen von dem Handelskomplex berührt worden sind, es sei denn, daß andere Gründe eine unterschiedliche Behandlung des einheitlichen Vorganges rechtfertigen. Die Zusprechung des Schadens in einer einzigen Währung ist nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß eventuell der Schadensbegriff der einzelnen zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen jeweils etwas anders umgrenzt wird; die Währung hat ja selbst keinen Einfluß darauf, wieviel

497 Auf Grund des Territorialitätsprinzips handelt es sich nicht um ein Zeichen, sondern um so viele Zeichen, als Staaten davon betroffen sind. Ungenau daher Rutz aaO S. 69.

498 Ausnahme: LG Düsseldorf GRUR Ausl. 1958, 430.

499 So Neumeyer III 2, S. 159; Beitzke, JR 1952, 419 (421); Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923, S. 155; Frankenstein, IPR II, S. 203 f.; Niboyet, Des conflits de lois relatifs aux paiements, Revue 1925, 175; Perroud, Clunet 1924, 628 ff.

zu leisten ist, sie soll nur das von anderen Faktoren festgelegte Leistungsquantum in bestimmten Geldeinheiten ausdrücken.

Zwar besteht der Gesamtschaden aus mehreren rechtlich selbständigen Schäden, aber jede anzuwendende Rechtsordnung bestimmt selbst, was als Schaden anzusehen ist. Tatsächlich, d. h. vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, lassen sie sich jedoch zu einer Einheit zusammenfassen. Für den Kläger ist es wohl auch meist allein ausschlaggebend zu wissen, wie groß sein Schaden ist, nicht aber mutatis mutandis aus welchen rechtlich selbständigen Fragmenten er sich zusammensetzt.

Dieser Schaden ⁵⁰⁰ ist dem Geschädigten in der Währung zuzuerkennen, in der er ihm entstanden ist. Obwohl jeder Schadenersatzanspruch an sich sein eigenes rechtliches Schicksal hat, kann dem Kläger der Gesamtschaden trotzdem in einer einzigen Währung entstanden sein. Hierbei ist jedoch eine Schwierigkeit zu beachten. Da die verschiedenen Ansprüche nach unterschiedlichen Rechtsordnungen zu beurteilen sind, die Währungsfrage aber materiell-rechtlicher Natur ist, besteht die Möglichkeit, daß die einzelnen materiellen Rechte auf verschiedene Währungen verweisen und nicht unbedingt auf dieselbe, sei es auf die eigene oder auch auf eine andere. Inwieweit dies tatsächlich vorkommt ⁵⁰¹, ist eine nicht immer einfach zu beantwortende Frage, da in dieser Beziehung in den wenigsten Staaten wirklich gefestigte Regeln bestehen, diese vielfach überhaupt erst zu entwickeln sind. Erstreckt sich z. B. ein Handlungskomplex auf Frankreich, die Schweiz und Deutschland, so dürfte durchaus die Annahme gerechtfertigt sein, daß zwischen den hier anwendbaren Rechten hinsichtlich der Währungsfrage materiell-rechtliche Einheit besteht. Zumindest ist eine derartige Lösung vertretbar. Angemessene Schuldwährung ist hier die am Geschäftssitz des Klägers geltende Währung, da in dieser gewöhnlich das Vermögen beziffert zu werden pflegt oder geschäftliche Transaktionen in dieser Währung zu Buche schlagen. Eine andere Währung, etwa diejenige des jeweiligen Anspruchs, ist nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn dies auch angebracht erscheint, was gänzlich von den Geschäftsgepflogenheiten des Klägers abhängt. Im Grundsatz sollte jedenfalls der Gesamtschaden in der Währung zuerkannt werden, in der der Kläger normalerweise seine Geschäfte abwickelt, also in der Währung, die an seinem Geschäftssitz gilt ⁵⁰².

500 Auf die einzelnen Berechnungsmethoden des gewerblichen Rechtsschutzes einzugehen, ist hier nicht der Ort. Darüber ist in einschlägigen Werken nachzuschlagen. S. besonders Theo Fischer, Die Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Studien zum Immaterialgüterrecht Bd. 3, Basel 1961.

501 Eine exakte Analyse müßte die gesamte einschlägige Rechtsprechung in dieser Hinsicht auswerten.

502 Eine Schwierigkeit bleibt allerdings, nämlich das eventuelle Auseinanderfallen der Erfüllungsorte.

Sollten indes die einzelnen materiellen Rechte auf unterschiedliche Währungen verweisen, so ist es trotzdem angebracht, den Schaden in einer einzigen Währung zuzuerkennen. In welcher Währung der Gesamtschaden zuzusprechen wäre, hätte die *lex fori* zu bestimmen, indem sie wie bei der Angleichung die divergierenden Tendenzen der einzelnen *leges causae* auf einen Nenner zu bringen hätte.

c) Die Schuldwährung bei Schadensersatzansprüchen aus Anpassungsvorgängen

Der gewöhnliche Weg der Ermittlung der Schuldwährung besteht darin, die *lex causae* zu befragen, ob diese auf die eigene oder eine fremde Währung verweist. Dies setzt aber voraus, daß die betreffende Kollisionsnorm der *lex fori* uneingeschränkt die *lex causae* beruft, was jedoch nicht immer so zu sein braucht. Die *lex fori* kann ja auch neben der *lex causae* noch die kumulative Berücksichtigung entweder ihrer selbst⁵⁰³ oder eines anderen Rechtes vorschreiben oder anordnen, daß die *lex causae* vollständig ausgeschaltet wird, etwa aus Gründen des *ordre public*, und an dessen Stelle ein anderes Recht, sei es das der *lex fori* oder ein drittes, zu treten haben⁵⁰⁴. Dadurch wird das ursprünglich anwendbare Recht entweder mehr oder weniger stark modifiziert oder ganz ausgeschaltet. Die aus diesem Anwendungsvorgang sich ergebende Rechtsfolge trägt daher den Stempel von zwei verschiedenen Rechtsordnungen bzw. nur den der *lex fori*, falls diese allein für anwendbar erklärt wird. Dies kann auch Auswirkungen auf die Währungsfrage haben, sofern durch den Anpassungsvorgang der Schadensersatzanspruch nunmehr von mehreren Rechtsordnungen getragen wird. Eine generelle Lösung des währungsrechtlichen Problems verbietet sich schon aus dem Grund, daß in jedem Einzelfall festgestellt werden muß, wie sich die Anpassung im einzelnen auswirkt, ob sie z. B. kollisionsrechtlicher oder materiell-rechtlicher Natur ist.

Als Beispiel soll hier Art. 12 EGBGB herangezogen werden, der dem ausländischen Recht unterstehende Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung insoweit abschneidet, als sie über das Maß des deutschen Rechts hinausgehen. Art. 12 EGBGB trifft also ersichtlich nur das Maß der Verpflichtung und nicht deren Art. Daraus ergibt sich, daß ein infolge Art. 12 EGBGB reduzierter Schadensersatzanspruch währungsrechtlich nach wie vor der *lex causae* untersteht und in der von dieser berufenen Währung auszudrücken ist. Dieser Schluß läßt sich dahin gehend verallgemeinern, daß bei Ansprüchen, bei denen sich die Anpassung nur auf das Quantum und nicht auf die Qualität

503 So das deutsche Recht: Art. 12 EGBGB.

504 Sog. positive Funktion des *ordre public*.

bezieht, währungsrechtlich keine Sonderbehandlung erfahren, sondern insofern nach wie vor der „alten“ *lex causae* unterstehen. Greift nun die *lex fori* in der Weise ein, daß sie eine von der früheren *lex causae* abweichende Rechtsordnung für anwendbar erklärt, so besteht an sich kein Grund, nicht wie bisher zu verfahren und daher diese neue *lex causae* auch für die Bestimmung der Währung den Ausschlag geben zu lassen. Anders ist dann vorzugehen, wenn die neue *lex causae* eine Währung bestimmt, die keine angemessene Beziehung zum Sachverhalt aufweist. Dieser Fall ist jedoch unwahrscheinlich, da bei den unerlaubten Handlungen auf Grund des *ordre public* meist die *lex fori* als Ersatzrecht berufen wird, so etwa wenn die *lex loci* nach Ansicht der *lex fori* dem Kläger unbilligerweise keinen Ersatzanspruch zuerkennt. Hier tritt die *lex fori* allerdings direkt auch in bezug auf die Währungsbestimmung auf den Plan, während sie sonst nur indirekt auf die Währungsfrage Einfluß nimmt.

d) Die Erfüllung der Schadensersatzschuld

Auf Grund der Tatsache allein, daß diese oder jene Währung geschuldet ist, steht noch keineswegs fest, daß der Beklagte auch in dieser Währung zu leisten hat. Die Gründe hierfür können verschiedener Art sein⁵⁰⁵. Schuld- und Zahlungswährung sind also auseinanderzuhalten und dürfen nicht miteinander vermengt werden⁵⁰⁶; dies ist für Schadensersatzschulden deshalb von Wichtigkeit, weil sie nicht effektive Fremdwährungsschulden sind.

Zunächst: Wo die Schadensersatzforderung zu erfüllen ist, ist eine rein schuldrechtliche und keine währungsrechtliche Frage. Die *lex causae* bestimmt, an welchem Ort die Schuld zu erfüllen ist. Mit der Währung hängt die Frage des Erfüllungsortes nicht zusammen. Der Konnex zu ihr ergibt sich erst dann, wenn bereits feststeht, wo zu erfüllen ist. Die international-privatrechtliche Frage, ob die Erfüllungsmodalitäten vom Recht des Erfüllungsortes, also einem Nebenstatut, näher geregelt werden können, kommt jetzt ins Spiel, und zwar deshalb, weil die Bezahlung der Schadensersatzschuld ja deren Erfüllung darstellt. Es tritt demnach die Frage auf, welche Rechtsordnung die Zahlungswährung zu bestimmen hat, ob die der *lex causae* oder die des Erfüllungsortes bzw. Zahlungsortes. U. U. kann auch die *lex fori* Einfluß darauf nehmen, in welcher Währung gezahlt werden

505 Diese Problematik hat nichts mit der Ansicht zu tun, nach der der Erfüllungsort die Währung bestimme (die Schuldwährung). Hier ist ja bereits die Währung bestimmt worden, fraglich ist nur, ob in ihr auch gezahlt werden muß.

506 Mann, *Legal Aspect*, S. 158 („a distinction of fundamental importance“). Neumeyer III 2, S. 182 bezeichnet die Trennung in Schuld- und Zahlungswährung als irreführend.

soll^{507, 508}. Da derartige Eingriffe aber meist auf prozessuaalem oder sonstigem öffentlichen Recht beruhen und zeitlich vor der Erfüllung liegen, soll hier nicht näher darauf eingegangen werden⁵⁰⁹. Nur solche Umwandlungen sollen hier berücksichtigt werden, die mit der Erfüllung in direktem Zusammenhang stehen.

Was als Erfüllungsort (besser Leistungsort) anzusehen ist, bestimmt die *lex causae*. Bei der Leistung von Geldforderungen ist dies der Ort, an dem die Zahlung vorzunehmen ist. Eine Bestimmung des Zahlungsortes durch die Parteien scheidet bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen meist aus, so daß die gesetzlichen Regeln anzuwenden sind. Der Zahlungsort selbst wird in den meisten Rechten dem Erfüllungsort gleichgesetzt. In Italien⁵¹⁰, der Schweiz⁵¹¹, und den Niederlanden⁵¹² und in England⁵¹³ ist der Zahlungsort normalerweise der Wohnsitz des Gläubigers; in Frankreich⁵¹⁴, Belgien⁵¹⁵ und Deutschland⁵¹⁶ der Wohnsitz des Schuldners. Bei den Rechtsordnungen also, die als Zahlungsort den Wohnsitz des Schuldners annehmen, ist der entscheidende Gesichtspunkt, *wo* die Leistung erbracht wird, bei den Rechtsordnungen aber, bei denen die Zahlung am Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen hat, entscheidet, *wohin* die Zahlung zu erfolgen hat, demnach der Erfolg. Solange die *lex causae* die für den Begriff des Zahlungsortes maßgebende Rechtsordnung darstellt, ergeben sich wenigstens für die zu zahlende Forderung keine weiteren Schwierigkeiten, auch wenn der Zahlungsortbegriff der *lex causae* von dem der *lex fori* abweicht. Verwicklungen können jedoch dann entstehen, wenn der Zahlungsort als kollisionsrechtlicher Begriff verwendet wird und die *lex fori* und *lex causae* hierin differieren. Eine kollisionsrechtliche Verwendung des Begriffes Zahlungsort kann z. B.

507 Die „compulsory conversion rule“ des englischen und amerikanischen Rechts bleibt hier beiseite; denn sie hat in erster Linie den Zweck, daß das Urteil nur in der Währung der *lex fori* ergehen kann, nicht aber hat sie eine Regelung der Zahlung zum Ziel. Es treten hierbei freilich ähnliche Probleme auf, z. B. zu welchem Zeitpunkt die Umwandlung in *lex fori*-Währung vorzunehmen ist, ob z. Z. des Vertragsbruches oder der unerlaubten Handlung (*breach date rule*) oder zur Zeit des Urteils. S. dazu Gluck, *The rate of exchange in the law of damages*, 22 Col.L. Rev. 217, 235 ff. (1922); Rifkind, *Money as a device for measuring value*, 26 Col.L.Rev. 559, 576 (1926); Fraenkel, *Foreign money in domestic courts*, 35 Col.L. Rev. 360, 388 f. (1935).

508 Zur Vollstreckung von Urteilen, die auf eine ausländische Währung lauten, Neumeyer III 2, S. 185-191.

509 Einen rechtsvergleichenden Überblick über die Umwandlung gibt Dach, *Conversion of Foreign Money*, 3 AJCL 155 ff. (1954).

510 Art. 1182 Abs. 3 c.c.

511 Art. 74 OR.

512 Art. 1429 BW.

513 Vgl. Mann, *Legal Aspect*, S. 174.

514 Art. 1247 C.c.

515 Art. 1247 C.c. belge.

516 §§ 269, 270 Abs. 1 und 4 BGB.

darin liegen, daß gesagt wird, daß das Recht des Zahlungsortes die Zahlungsmodalitäten näher zu bestimmen habe, und zwar auf Grund der allgemeinen Kollisionsregel des Obligationenrechtes, daß sich die Erfüllungsmodalitäten und damit auch die Zahlungsmodalitäten nach dem Recht des Erfüllungsortes zu richten haben⁵¹⁷. Hier verweist die *lex fori* auf ein Nebenstatut; sie hat im allgemeinen deshalb auch zu bestimmen, was als Erfüllungs- bzw. Zahlungsort anzusehen ist, so daß etwa, wenn die Schuld italienischem Recht untersteht, nach deutschem IPR der Wohnsitz des Schuldners und nach italienischem materiellem Recht der Wohnsitz des Gläubigers in Betracht zu ziehen wären. Wohnen Gläubiger und Schuldner in verschiedenen Staaten, so können sich untragbare Ergebnisse einstellen, wenn man den Zahlungsort kollisionsrechtlich eigenständig verwenden will. So wäre der Schuldner verpflichtet, am Wohnsitz des Gläubigers zu zahlen, Zahlungswährung wäre aber nicht die am Wohnsitz des Gläubigers geltende Währung, sondern diejenige des Schuldnerwohnsitzes. Daher ist es zumindest in Fällen, in denen gesetzliche Ansprüche im Spiele stehen, empfehlenswert, den Begriff des Zahlungsortes allein der *lex causae* und nicht der *lex fori* zu entnehmen, soweit Zahlungsmodalitäten in Frage stehen.

Dem Zahlungsort kommt noch die weitere Bedeutung zu, daß es nach seinem Recht möglich sein kann, daß der Schuldner die Befugnis hat, den an sich in ausländischer Währung geschuldeten Betrag in inländischer (d. h. der des Zahlungsortes) tilgen kann. Wie ist indes die Sachlage, wenn das Recht des Zahlungsortes keine derartige Vorschrift enthält, wohl aber die *lex fori*, oder wenn beide Rechte zwar die Umrechnung zulassen, aber von einem unterschiedlichen Umrechnungskurs ausgehen? Gilt hier die Regelung der *lex fori*?

Die Beantwortung dieser Frage soll an Hand des § 244 BGB erfolgen, wonach die Zahlung, wenn eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen ist, in inländischer Währung möglich ist. Maßgebender Umrechnungskurs ist der zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort geltende Kurs. Die Stellung des § 244 BGB selbst kann über dessen rechtliche Natur nicht allzuviel aussagen, die Vorschrift kann währungsrechtlicher⁵¹⁸ oder auch nur rein schuld-

517 Zu diesem Problem insbesondere Brogginì, *Le modalità d'esecuzione nel diritto internazionale privato*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Univ. Freiburg i. S. H. 8, Freiburg i. S. 1951; ferner Gutzwiller, in Gutzwiller-Niederer, Beiträge zum Haager IPR 1951, Freiburg i. S. 1951, S. 60 f.

518 Treffend Neumeyer III 2, S. 195: „Bei dem Umwandlungsrecht des Schuldners, das hier zur Erörterung steht, handelt es sich immerhin um ein materielles Recht. Aber freilich seiner Bedeutung nach nicht einfach um ein Stück bürgerliches Schuldrecht. Währungsrecht greift hier in die Abwicklung der Schuldverhältnisse ein und beugt (formell natürlich selbst zu einer Regel des Schuldrechts geworden) den Satz ab, daß bei der Erfüllung dasjenige geleistet werden muß, was Gegenstand des Schuldverhältnisses ist.“

rechtlicher Natur sein. Sie ist auf jeden Fall nur dann anwendbar, wenn auch deutsches Recht die Schuld beherrscht, und nicht ausländisches Recht den Inhalt der Schuld bestimmt. Für die Anwendung des § 244 BGB kommt es nicht nur darauf an, daß der Zahlungsort im Inland liegt⁵¹⁹; § 244 BGB bezieht sich also nur auf Forderungen mit deutschem Schuldstatut^{520, 521}.

Die Anwendbarkeit des § 244 BGB auf Schulden, die ausländischem Recht unterstehen, ist zu verneinen; denn § 244 BGB ist keine Kollisions-, sondern lediglich eine Sachnorm mit örtlich begrenztem Anwendungsbereich. Liegt der Zahlungsort einer Schuld mit deutschem Schuldstatut im Ausland, dann kann zwar § 244 BGB nicht direkt zum Zuge kommen, wohl ist aber eine analoge Anwendung möglich. Dies widerspricht nicht dem Sinn der Vorschrift, da es sich um einen Fall handelt, an den der Gesetzgeber offenbar nicht gedacht hat, wie überhaupt die dem § 244 BGB zugrunde liegende Konzeption unklar ist⁵²². Daß eine solche Lösung gangbar ist, zeigen Art. 41 WechselG und Art. 36 ScheckG. Diese Bestimmungen enthalten genau für die gleiche Interessenlage nicht die in § 244 BGB enthaltene Beschränkung auf den inländischen Zahlungsort.

Bei Schulden, die sich nach ausländischem Recht bestimmen, kommt daher nur dann eine Umrechnung und Bezahlung in der Währung des Zahlungsortes in Betracht, wenn das Schuldstatut eine solche Ersetzungsbefugnis vorsieht. Ob nämlich eine Schuld effektiv oder nicht effektiv zu bezahlen ist, ist eine Frage des Vertragsinhalts, über die nur das auf den Vertrag anwendbare Recht eine Antwort zu geben vermag⁵²³.

Der Umrechnungskurs ist in § 244 Abs. 2 BGB bestimmt. Nicht so einfach stellt sich aber die Sachlage dar, wenn im Ausland, z. B. in England, zu erfüllen ist, die Schuld aber dem schweizerischen Recht untersteht⁵²⁴. Kann der deutsche Schuldner seine in Schweizer Franken ausgedrückte Schuld in englischer Währung tilgen, da ihm viel-

519 Und zwar ist als Zahlungsort der Ort anzusehen, der von der *lex causae* als solcher bezeichnet wird, nicht etwa hat das deutsche Recht diesen selbständig zu bestimmen. Dies scheint sachgemäß und auch durchführbar zu sein; denn die *lex causae* ist in diesem Stadium bereits bekannt. Keine Klarheit herrscht bei Melchior, Grundlagen, S. 288 f.

520 S. Mayer, Die Valutaschuld nach deutschem Recht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934, S. 102 f.

521 Neumeyer III 2, S. 320 meint, daß eine Lücke entstehe, wenn man auf den Erfüllungsort (= Zahlungsort) abstelle, weil Schulden mit ausländischem Erfüllungsort, deren Zahlung im Inland verlangt wird, nicht einer Umwandlung zugänglich wären. Diese Auffassung krankt jedoch daran, daß materiell-rechtlich dem Gläubiger einer Forderung gar keine Befugnis zusteht, in Abweichung vom normalen Erfüllungs- bzw. Zahlungsort an einem anderen Ort Zahlung verlangen zu können.

522 Wahle, Beiträge zum Devisenrecht, Wien 1933, S. 26, hat § 244 BGB eine kleinlich chauvinistische Regelung genannt.

523 Wahle aaO S. 26.

524 Art. 74 OR.

leicht die Zahlung in englischen Pfund leichter fällt? Ferner: Welcher Kurs ist hier anzuwenden? In England ist der Schuldner berechtigt, eine auf nicht englische Währung lautende Forderung in englischer Währung zu bezahlen⁵²⁵. Dies gilt auch für den deutschen Schuldner, wenn die Schuld englischem Recht untersteht. Da jedoch die Umrechnungsbefugnis sich nach dem auf die Schuld anwendbaren Recht und nicht nach dem des Erfüllungsorts richtet, muß das schweizerische Recht die Antwort geben, d. h., Art. 84 OR ist anzuwenden.

Würde man die Umrechnungsbefugnis zu den Erfüllungsmodalitäten zählen, wäre folglich das englische Recht anzuwenden, weil gemäß Art. 74 OR der Wohnsitz des Gläubigers der Erfüllungsort ist. Da aber im englischen Recht eine ausdrückliche Regel hinsichtlich des maßgebenden Umrechnungskurses fehlt, bereitet dieser Punkt einiges Kopfzerbrechen. Mann⁵²⁶ meint, daß die Kursbestimmung als eine Auslegungsfrage zu betrachten sei; an welchen Kriterien sich diese zu orientieren hat, ist aber nicht ersichtlich. Im allgemeinen läßt sich aber die Feststellung treffen, daß dabei der am Zahlungstag maßgebende Kurs anzuwenden ist⁵²⁷.

525 Mann, *Recht des Geldes*, S. 275. Die an der angeführten Stelle gemachten Ausführungen betreffen zwar nur vertragliche Ansprüche, dürften aber auch für außervertragliche Ansprüche Geltung beanspruchen.

526 AaO S. 276.

527 Nußbaum, *Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes*, Berlin und Leipzig 1928, S. 59 f.; Neumeyer III 2, S. 200; Béguignon aaO S. 29; Ripert aaO S. 31; Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, S. 396. Vgl. auch Art. 31 § 2 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr i. d. F. vom 25. 2. 1961, in dem festgelegt wird: „Sind die als Grundlage für die Berechnung der Entschädigung dienenden Beträge nicht in der Währung des Landes ausgedrückt, in dem die Zahlung verlangt wird, so sind sie nach dem Kurs am Tage und Ort der Zahlung der Entschädigung umzurechnen.“ Ferner Rule 2 der Vienna Rules 1926 (abgedruckt in *Auslandsrecht* 7 (1926) 247 f.): „In the event of rule 1 being impossible of application, the debtor shall pay an equivalent in the currency of the place where the payment is made at the rate of exchange of the day of actual payment.“

2. Kapitel

Prozessuale Einwirkungen auf den Schadensersatzanspruch

I. Beweisfragen

„Ne pas avoir de droit et ne pouvoir prouver son droit c'est tout comme“¹. „Un droit qu'on ne peut prouver n'existe pas“². Diese Formulierungen lassen bereits zur Genüge erkennen, welche Bedeutung dem Beweis zukommt. Bereiten die Beweisfragen schon im internen Recht dem Gericht und den Parteien zahllose Schwierigkeiten, so tritt bei Sachverhalten mit Auslandsberührung noch eine weitere hinzu, ob nämlich die zum Kreis des Beweises zu zählenden Fragen sich gleichfalls nach der *lex causae* richten oder ob allein die *lex fori* entscheiden soll. Im allgemeinen läßt sich zwar sagen, daß der Beweis — pauschal gesehen — der *lex fori* unterliegt, aber es gibt doch manche zweifelhaften Punkte zu bedenken, bei denen eine Anwendung der *lex fori* mehr oder weniger willkürlich erscheint, zumal vor allem dann, wenn der Konnex der beweisrechtlichen Frage zum anzuwendenden fremden Recht besonders eng ist. Einige solche Fragen sollen im folgenden etwas näher beleuchtet werden³.

1. Beweisgegenstand und Beweisbarkeit

Es geht hier um die Frage, „was“ und „womit“ eine Tatsache bewiesen werden soll. Die Beweisfrage ist bei kollisionsrechtlichen Tatbeständen insofern von komplexer Natur, als nicht allein der materiellrechtliche, sondern auch der kollisionsrechtliche Tatbestand in bestimmtem Umfang nachgewiesen werden muß. Bevor ja unter die Rechtssätze der zur Anwendung berufenen Rechtsordnung subsumiert werden kann, ist es nötig, die anzuwendende Rechtsordnung überhaupt erst einmal aufzufinden, d. h. die einzelnen in Frage kommenden Anknüpfungsmomente auf ihr tatsächliches Vorliegen hin zu

1 Arminjon, Précis, vol. III Nr. 410 (S. 391).

2 Henri Donnedieu de Vabres anläßlich der Diskussion des Berichts von Arminjon im Institut de Droit International auf dessen Lausanner Tagung [Annuaire 41 (1947) 196].

3 Ausführlich zum internationalen Beweisrecht jetzt Huet, Les conflits de lois en matière de preuve, Paris 1965, und Sluyters, Evidence in the conflict of laws, NTIR XIII (1966) 291 ff., 374 ff.

prüfen; denn die Kollisionsnorm ist ja gleichfalls ein Rechtssatz, der auf einen vorliegenden Sachverhalt angewandt wird. Eine Rechtsanwendung setzt aber immer die Subsumtion des Untersatzes (Sachverhalt) unter einen Obersatz (Kollisionsnorm) voraus. Der Untersatz selbst muß erst einmal zur Überzeugung des Gerichts feststehen, was wiederum nur dann möglich ist, wenn er bewiesen wird. Konsequenterweise obliegt daher dem Kläger auch diese Aufgabe, weil ja die Kollisionsnorm eine Anwendungsvoraussetzung der Sachnorm⁴ darstellt; sie ist jedoch keine Sachurteilsvoraussetzung. Bei der unerlaubten Handlung ist folglich schon für die Frage der Rechtsanwendung nachzuweisen, wo diese begangen worden ist^{5, 6}; ob diese auch nach der *lex loci* gegeben ist, unterliegt besonderer Prüfung. Jedenfalls ist es so, daß „beide Normen (sc. Kollisions- und Sachnorm) in ihrem Zusammenwirken die privatrechtliche Wirkung erzielen“⁷. Sonach obliegt es prinzipiell dem Kläger, auch die tatsächlichen Umstände⁸ der Kollisionsnorm zu beweisen. Dieser Beweis kann, da er eine Norm der *lex fori* zum Gegenstand hat, nur nach dieser geführt werden⁹.

Sind nunmehr die tatsächlichen Voraussetzungen der Kollisionsnorm als erwiesen zu betrachten und ist damit bei der unerlaubten Handlung das Recht des Begehungsortes bestimmt worden, so treten wir in die zweite Stufe der Beweisführung ein¹⁰. Es obliegt jetzt also dem Kläger, die tatsächlichen Voraussetzungen seines geltend gemachten Anspruches zu beweisen. Aus dem Recht des Begehungsortes ist der Rechtssatz zu entnehmen, dessen Tatbestandsmerkmale er in tatsächlicher Hinsicht darlegen und beweisen soll. Die ausländische Sachnorm zieht den Kreis der darzulegenden und zu beweisenden Tatsachen. „Was“ zu beweisen ist, sagt daher die *lex causae*, sie bestimmt das Beweisthema. Der Rechtssatz der *lex causae* sagt also,

4 Welchem Rechtsbereich man die Kollisionsnorm zuweisen will, ob dem materiellen Recht, dem Prozeßrecht oder einer dritten Kategorie, die von Giesker-Zeller Rechtsanwendbarkeitsnormen genannt wird (Die Rechtsanwendbarkeitsnormen, Leipzig 1914), ist hierfür gleichgültig.

5 Anders ist es bei der Feststellung der Zuständigkeit nach § 32 ZPO, hier genügt schon der Sachvortrag des Klägers.

6 Die Qualifikationsfrage, was als unerlaubte Handlung anzusehen ist, muß hier beiseite gelassen werden, ist aber nach der Auffassung des Verfassers im Rabel'schen Sinne zu lösen. In analoger Weise ist auch beim Anknüpfungsbegriff (Begehungsort) zu verfahren.

7 Nussbaum, DIPR, S. 14. Das RG spricht in RGZ 55, 349 von „integrierendem Bestandteil des betreffenden bürgerlichen Rechts“.

8 D.h. diejenigen Elemente, die an Tatsachen anknüpfen (z. B. Ort, wo eine unerlaubte Handlung begangen wurde, Ort, wo erfüllt wurde).

9 Vgl. hierzu auch Favilli, *La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato*, Ann. dir. comp., vol. XXVII (1951) 40, 45 und Pau, *La prova nel diritto internazionale privato*, Roma 1948, S. 60, 79.

10 Ein anderes Problem ist das des inhaltlichen Nachweises des ausländischen Rechts. Vgl. Riezler, IZPR, S. 491 ff.

welche Anspruchsvoraussetzungen gegeben und bewiesen sein müssen.

Wie zu beweisen ist, ob nach den Vorschriften der *lex fori* oder denen der *lex causae*, ist im deutschen Recht kaum streitig; hier bestimmt eindeutig die *lex fori* ¹¹. So bestimmt daher das deutsche Recht als *lex fori*, mit welchen Mitteln die Prozeßpartei ihren Beweis führen kann ¹². Ganz von selbst versteht sich, daß die technische Durchführung des Beweises sich nach den Regeln der *lex fori* vollzieht ¹³, ¹⁴.

Was also bewiesen werden muß, bestimmt sich nach dem Tatbestand der jeweiligen Kollisions- und Sachnorm. Wie zu beweisen ist, entscheiden die Vorschriften der *lex fori* ¹⁵.

Hinsichtlich der Frage, wie bewiesen werden muß, macht nun allerdings Arminjon ¹⁶ einen Unterschied zwischen *faits juridiques* (juristischen Tatsachen) und *faits simples* (einfachen Tatsachen). Dabei

11 Frankenstein, IPR Bd. I, S. 364; Nussbaum, DIPR, S. 413; Schoch, Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts, Leipzig 1934, S. 145 f.; Riezler, IZPR, S. 470. Makarov, Der Beweis des Personenstands und des ausländischen Rechts, Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, Tübingen — Paris 1955, S. 624/626. Schon Mittermaier, Über die Collision der Prozeßgesetze, AcP 13 (1830) 293 (316), hatte diese Meinung vertreten.

12 Die französisch-italienische Doktrin ist teilweise entgegengesetzter Auffassung. Zugunsten der *lex causae* engt sie in Beweisfragen weitgehend die *lex fori* ein. Sie unterscheidet bei den Beweismitteln die Frage der Zulässigkeit (*admissibilité*) von der der Durchführung (*administration*). Auf die erstere wendet sie die *lex causae* und auf die zweite die *lex fori* an. Vgl. hierzu die Ausführungen von Arminjon in seinen einzelnen Schriften: *Preuves*, Nr. 26, *Rép.* vol. X; ders., *La preuve en droit international privé*, *Revue* 1929, 385 (392 f.); ders., *Les conflits de lois sur la preuve en droit privé*, *Annuaire* 41 (1947) 20 f.; ders., *Précis*, vol. III Nr. 446 (S. 424). Einen positivrechtlichen Ausdruck fand dieser Gedanke in Art. 10 Abs. 2 des alten *codice civile* von 1865: „I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto.“ (Zu dieser Bestimmung Näheres bei Diena, *Trattato di dir. comm. intern.*, vol. I Nr. 10 (S. 81 ff.)). Inwieweit diese Regel auf einer Verkennung des Satzes *locus regit actum* beruht, kann hier nicht weiter verfolgt werden.

13 Allgemein zum Beweis: OT Berlin, SA 3 Nr. 254; Cass. (Fr.), 17. 6. 1958 — D. 1959, 65 m. N. v. Malaunie; Cass. (belge), 10. 5. 1906 — *Clunet* 1907, 467; Rb. 's Gravenhage, 9. 12. 1908 — W. 9414; Kantongericht 's Gravenhage, 29. 4. 1963 — N. J. 1963 Nr. 238.

14 Bei Rechtshilfeersuchen ist dies die *lex fori* des ersuchten Richters.

15 Über die so heftig umstrittene Frage der Beschränkung des Zeugenbeweises nach Art. 1341 C. c. Neuner, *Der Sinn*, S. 118 — 122.

16 Zuletzt in *Précis*, vol. III Nr. 408 (S. 389 f.). Wir nehmen Arminjon nur deswegen als Beispiel, weil er einer der wenigen ist, die sich ausgiebig mit den Beweisfragen im IPR beschäftigt haben. An deutscher Spezialliteratur ist hervorzuheben: Schoch, Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts, S. 145 ff.; Neumeyer, *Der Beweis im internationalen Privatrecht*, (vorgesehen für *Mélanges Streit*, Bd. II, der jedoch nicht mehr erschienen ist) abgedruckt in italienischer Übersetzung in *Dir. int.* 1962, 180 ff.; Makarov, *Der Beweis des Personenstands* usw., S. 624 ff.; Riezler, IZPR, S. 464 ff.

behauptet er, daß die sog. faits simples „ne se rattachent à aucune loi“¹⁷. Arminjon versteht unter diesem Begriff solche Tatsachen, wie identité d'une personne, son état mental, sa résidence en tel lieu, l'heure de naissance, les causes d'un décès etc. Als faits juridiques kommen nach Arminjon¹⁸ solche Tatsachen in Betracht, die in einer Beziehung zu einer Rechtsordnung bzw. zu einem Schuldverhältnis stehen. Die ersteren¹⁹ seien nach der lex fori, die letzteren nach der lex causae²⁰ zu beweisen. Hierbei stellt er noch die weitere Behauptung auf: „Il suit de là que si les juges tenaient un droit comme prouvé à d'autres conditions et suivant d'autres modes de preuve que ceux de la loi qui lui est applicable, ils violeraient cette loi.“

Diese Thesen von Arminjon sind aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Die Unterscheidung zwischen faits juridiques und faits simples ist als verfehlt anzusehen. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß etwa der Zeitpunkt der Geburt eines Menschen unabhängig von jeglicher juristischen Beziehung betrachtet werden kann. Damit ist aber für die Beweisfrage nichts gewonnen. Ein Beweis wird ja nur dann praktisch, wenn irgendwelche tatsächlichen Umstände eines Rechtssatzes nachgewiesen werden sollen. Der Beweis steht also immer in einer Beziehung zu einem Rechtssatz. Zum anderen ist zu bedenken: Wie wäre zu verfahren, wenn der „Beweis“ eines fait simple mißlänge? Eine Beweislast im strengen Sinn des Wortes kann hier schlechterdings nicht angenommen werden, weil in dem Augenblick, in dem eine solche bemüht wird, sich der Beweis eines fait simple in einen solchen eines fait juridique verwandelt; denn die Beweislast setzt „begriffsnotwendig“ einen abstrakten Tatbestand voraus, bei dessen Beweis im Prozeß eine Lücke klappt. Das fait simple ist somit als eine juristisch wertlose Kategorie anzusehen und vermag nur Verwirrung hervorzurufen.

Die zweite Behauptung von Arminjon, daß die Anwendung eines anderen Beweisrechts als das der lex causae den dieser unterstehenden Anspruch verletzen würde, trifft gleichfalls nicht zu. Falls diese nämlich richtig wäre, würde durch die Handhabung des IPR eine Rechtsverletzung nach der anderen begangen, da das Auseinanderfallen von materiellem Recht einerseits und internationaler Zuständigkeit andererseits stets zu einer gewissen Disharmonie führen muß, von den Fällen der Angleichung ganz abgesehen. Das lex fori-Gericht ist meist nur Ersatz, aber für den Kläger ist ein Ersatz immer noch besser als gar mit leeren Händen dazustehen. Der These wäre nur dann etwas abzugewinnen, wenn alle Rechtsordnungen das gleiche Recht auf den gleichen Sachverhalt anwenden würden, was aber bekanntlich ein noch immer unerreichtes Ideal ist. Im übrigen ist es

17 aaO.

18 Précis, vol. III Nr. 410 (S. 391).

19 Précis, vol. III Nr. 408 (S. 389).

20 Précis, vol. III Nr. 410 (S. 391).

bei alternativer Anknüpfung, so z. B. bei Anwendung des Rechts des Handlungs- oder Erfolgsortes (zumal, wenn man dem Kläger noch die Wahl zwischen beiden Rechten läßt), nicht weniger willkürlich, von einer „Rechtsverletzung“ zu sprechen als bei der Anwendung der *lex fori*. Von einer Rechtsverletzung durch die Anwendung eines anderen Beweisrechts als das der *lex causae* kann auf keinen Fall die Rede sein; denn einmal sind beweis- und materiell-rechtliche Fragen verschiedene Dinge, auch wenn sie sich teilweise eng berühren und eine etwaige Beweiserschwerung zu einer Beeinträchtigung des eingeklagten Anspruchs führen kann. Selbst wenn man die Beeinträchtigung nur nach gewöhnlichem Sprachgebrauch betrachtet, so bedeutet Maßgeblichkeit eines von der *lex causae* abweichenden Beweisrechts nur eine im Bereich des Normalen liegende Erschwerung der Rechtsverfolgung, die das Anhängigmachen eines Prozesses bei einem ausländischen Gericht eben mit sich bringt. Auch der von Arminjon nicht ausdrücklich gebrachte Gedanke der Vorhersehbarkeit bzw. Berechenbarkeit, d. h. daß die Parteien von vornherein wissen können, daß sie im Streitfall nach einem ganz bestimmten Recht ihren Anspruch sollen beweisen können, hilft hier nicht weiter. Ein solcher Grundsatz käme ohnehin nur für Verträge in Frage und würde in allen anderen Fällen meist versagen, obgleich auch bei vertraglichen Verpflichtungen die anwendbare Rechtsordnung alles andere als immer berechenbar ist²¹. Auch der Einwand des „forum shopping“ zur Erzielung einer günstigeren Beweislage kann nicht durchdringen; einmal wäre es schon für die klägerische Partei schwierig festzustellen, ob das eine oder andere Beweisrecht für sie günstiger sein würde²², zum anderen ist die Gefahr, auf die mit besonderem Nachdruck bei der Verjährung aufmerksam gemacht wurde, in praxi so gut wie nicht vorhanden^{23, 24}.

2. Die Beweislast

Das wohl wichtigste und auch am meisten behandelte²⁵ Problem im Zusammenhang mit dem Beweisrecht ist die Beweislast. Die Verbindung der Beweislast mit dem Beweisrecht ist gleichwohl nur eine mittelbare, wie sofort zu zeigen sein wird. Obwohl im Ergebnis fast ausnahmslos Übereinstimmung herrscht, gehen die Begründungen doch weit auseinander, was verschiedene Ursachen hat. Teils liegt es daran,

21 Lediglich im Fall einer zweifelsfreien Parteiverweisung liegt die Sache anders.

22 S. etwa Mercier, *De la prescription libératoire en droit international privé*, Lausanne 1897, der auf S. 123 f. diesen Einwand zu Recht zurückweist.

23 Anders kann die Sachlage im Ehescheidungsrecht sein, was ja schon ein gewisser (angeblicher) Trend im deutschen innerstaatlichen Recht zeigt, wonach die Anwälte sich öfters dafür einsetzen, einen Gerichtsstand ihres Mandanten im Bezirk eines „scheidungsfreundlichen“ bzw. „scheidungsfeindlichen“ Landgerichts zu begründen.

24 Hinsichtlich der *parol evidence rule* sei auf 4. (unten) verwiesen.

25 Neustens Pohle, *Die Beweislast im internationalen Recht*, Dölle-Festschr., Bd. II, Tübingen 1963, S. 317 ff.

daß der Frage der Beweislast selbst zu wenig Beachtung geschenkt wird, teils läßt sich dies auf eine mehr mechanistisch gehandhabte Qualifikation der Beweislast zurückführen.

Es ist natürlich an dieser Stelle unmöglich, das ganze vielschichtige Problem aufzurollen. Lediglich einige für eine vorurteilsfreie Beurteilung der Beweislastfrage notwendige Bemerkungen sollen angeführt werden. Das Wichtigste ist hierbei, daß man den Zweck der Beweislast im Auge behält, und daß der Bereich, in dem die Beweislast selbst den Ausschlag gibt, richtig abgesteckt wird.

Ausgangslage für die Beweislastfrage ist ein für den Richter bestehendes *non liquet* in der Tatfrage, das also den Untersatz des richterlichen Syllogismus betrifft. Wie hat der Richter zu entscheiden, wenn der Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt werden konnte? Die Frage der Beweislast stellt sich daher erst nach der Durchführung der richterlichen Beweismwürdigung, hängt also mit dem Beweisen selbst nicht in unmittelbarem Zusammenhang; die Beweislast ist folglich von der Behauptungs- und Beweisführungslast scharf zu trennen. Sie findet sich auch in allen gerichtlichen Verfahren, also auch im Strafprozeß²⁶, denn ein *non liquet* in der Tatfrage ist ein von der Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens unabhängiges prozessuales Phänomen. Wir behandeln deshalb hier allein die „objektive Beweislast“.

Wie wirkt sich nun aber ein *non liquet* in der Tatfrage auf die Rechtsfrage aus? Der Richter ist ja in jedem Fall dazu verpflichtet, die Rechtsfrage zu entscheiden und kann sie nicht wegen Unaufklärbarkeit des Sachverhalts einfach auf sich beruhen lassen. Hiervon macht keine Rechtsordnung eine Ausnahme, so daß die Entscheidungspflicht des Richters ruhig der *lex fori* entnommen werden kann²⁷. Diese Auffassung findet auch noch darin eine Stütze, daß die Entscheidungspflicht des Richters bei einem *non liquet* nur einen der Fälle der allgemeinen Entscheidungspflicht des Richters darstellt; jeder Rechtsstreit, der vor einen Richter gebracht wird, nötigt diesen dazu, irgendeine Entscheidung²⁸ zu treffen, ob aus prozessualen oder materiellen Gründen²⁹. Die besondere Entscheidungspflicht bei ungeklärtem Sachverhalt ist zwar frei von „staatlichen“ Elementen (Art. 103 Abs. 1 GG spielt hier keine Rolle), sie muß aber gleichwohl von der *lex fori*

26 Es ist also ein Irrtum, wenn Schoch aaO S. 137 behauptet, daß die Beweislast nur in Prozessen Platz habe, die von der Verhandlungsmaxime beherrscht würden. Dieser Irrtum zieht sich durch deren ganze Ausführungen. Sofern Schoch die Beweisführungslast (sog. subjektive Beweislast) meint, rennt sie offene Türen ein. Im übrigen ist jede Vermengung von objektiver und subjektiver Beweislast zu verwerfen.

27 Pohle aaO S. 320 rechnet diese Frage gleichfalls zum Prozeßrecht.

28 Der Inhalt der Entscheidung ist hierbei sekundär.

29 Die Stellungnahme zum konkreten Fall kann sich freilich darin erschöpfen, daß bei prozessualen Hindernissen die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen wird.

angeordnet sein, da sie dem Richter eine Anweisung erteilt, wie in dieser oder jener prozessualen Situation entschieden werden soll. Die Entscheidung hat also ihren Grund in der besonderen Prozeßlage, die durch den nicht voll bewiesenen Sachverhalt verursacht worden ist. Eine andere Frage ist es, nach welchen Kriterien der Richter bei ungeklärtem Sachverhalt zu entscheiden hat; hiermit darf die Frage nach der Entscheidungspflicht nicht verwechselt werden. Wie also inhaltlich die Entscheidung des Richters aussieht, wen sie vor allem im Endeffekt berührt, ergibt sich daraus noch nicht. Hierzu müssen vielmehr weitere Erfordernisse erfüllt sein, und zwar die Anordnungen, die für den Fall des ungeklärten Sachverhalts getroffen worden sind.

Der richterliche Syllogismus besteht bekanntlich darin, daß der Richter den ihm zur Entscheidung vorgelegten Ausschnitt der Wirklichkeit, den konkreten Sachverhalt, mit dem anzuwendenden Rechtssatz in Verbindung bringt; er hat also die rechtlichen Voraussetzungen, die für den Eintritt der Rechtsfolge von Bedeutung sind, auf ihre tatsächlichen Voraussetzungen hin zu prüfen. Kommt er dabei zu dem Ergebnis, daß diese nicht erwiesen sind, so hat er, da der Rechtssatz unabhängig von der Beweissituation anzuwenden ist, trotzdem eine Sachentscheidung zu treffen. Bei solcher Ungewißheit über die Tatfrage bedarf der Richter einer Anweisung darüber, welchen Inhalt sein Urteil haben soll³⁰. Derartige Anweisungen geben ihm die Bestimmungen über die Beweislast. Das Beweislastproblem hat demnach seinen Ort im Untersatz des richterlichen Syllogismus³¹. Die Beweislast regelt folglich die Rechtsanwendung bei ungeklärtem Tatbestand; die Beweislastregeln selbst sind daher Rechtssätze³²; sie treten immer dann in Erscheinung, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes unklar geblieben sind³³, die Beweislast ist „nur das Kehr Bild der materiellen Rechtsordnung“³⁴. Die Grundregel der Beweislast — in vielen Rechtsordnungen positiviert, wie z. B. in Art. 1315 C.c., Art 2697 c.c., Art. 8 ZGB — lautet, daß derjenige, der sich auf eine für ihn günstige Tatsache beruft, bei deren Nichterweislichkeit die Abweisung seines Rechtsbegehrens zu tragen hat^{35, 36}.

Welche Tatsachen aber für den Kläger oder bei einer Einrede für den Beklagten günstig sind, läßt sich nur aus dem materiellen Rechts-

30 Rosenberg, Die Beweislast, 5. A., München und Berlin 1965, S. 8.

31 Rosenberg, Beweislast, S. 8.

32 Das ist der Kern der Rosenberg'schen Normentheorie.

33 Schmeling, Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Diss. Erlangen 1952, S. 92, reiht die Beweislastnormen unter die Rechtsanwendungsnormen ein.

34 Leonhard, Die Beweislast, 2. A., Berlin 1926, S. 136; dagegen allerdings Rosenberg, Beweislast, S. 84.

30 Rosenberg, die Beweislast, 5. A., München und Berlin 1965, S. 8.

36 Leonhard, Beweislast, S. 133, sagt, daß der Beweisbelastete „den Schaden der Ungewißheit trage“.

satz entnehmen, der angewandt werden soll³⁷; andernfalls hinge die Beweislast entweder vom Zufall oder von sonstigen unsicheren Komponenten ab, wie etwa dem Ermessen des Richters. Die Beweislast selbst steht aber unabänderlich fest, da sie Rechtscharakter besitzt³⁸, sie ist also nicht manipulierbar.

Für Sachverhalte mit Auslandsberührung ergibt sich aus diesen Ausführungen, daß die Verteilung der Beweislast aus dem durch die Kollisionsnorm berufenen ausländischen Recht zu entnehmen ist, weil nur dieses darüber Auskunft geben kann, welches Tatbestandsmerkmal im Einzelfall einer Partei günstig oder ungünstig ist. Der allgemeine Verteilungsgrundsatz für die Beweislast wirft keine speziellen kollisionsrechtlichen Fragen auf, da er durchweg in den einzelnen

37 Die Beweislastregelung entnehmen der *lex causae*: von Bar, *Theorie und Praxis*, Bd. II, S. 383; ders., *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, Stuttgart 1892, S. 176; Neumeyer, *Der Beweis im internationalen Privatrecht*, aaO S. 182; Niederländer aaO S. 51; Guldener, *Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz*, Zürich 1951, S. 9; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2. A., vol. V, Paris 1913, S. 508; J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XXième siècle*, Paris 1937, S. 238; Batiffol, *Traité*, Nr. 726 (S. 809); Lerebours-Pigeonnière, *DIP*, S. 529; Perrot, *Le régime des preuves en droit international privé français*, *JdT* 1962, 273 (274); de Vos, *Le problème des conflits de lois*, vol. II Nr. 682 (S. 697); Storme, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, *Gent* 1962, S. 63; Offerhaus, *Nederlandsch internationaal bewijsrecht*, *Diss. Amsterdam* 1918, S. 24, 26; Jitta, *Internationaal Privaatrecht*, Haarlem 1916, S. 608 (mit Einschränkungen); Pau aaO S. 60, 86; Cereti, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*, *Torino* 1925, S. 164; Bellini, *La legge regolatrice dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, *Archivio giuridico „Filippo Serafini“*, vol. CXXXV (1948) 196 (204); Durante, *La legge regolatrice della prova nel diritto internazionale privato*, *Riv. dir. int.* 1954, 494 (517); Balladore Pallieri, *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, *Riv. dir. proc.* 1963, 5 (10) mit Einschränkung; Goldschmidt, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2. A., vol. III, Buenos Aires 1954, S. 19 (materielles Justizrecht); Arjona Colomo, *Derecho internacional privado*, *Parte especial*, Barcelona 1954, S. 478; Morgan, *Choice of law governing proof*, 58 *Harv. L. Rev.* 153, 187 (1944-45); ders., *The law of evidence*, 59 *Harv. L. Rev.* 481, 510 (1945-46).

Für die Anwendung der *lex fori* sind: Menger, *System des oesterreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, I. Bd. *Der Allgemeine Teil*, Wien 1876, S. 154 Anm. 6; Barazetti, *Die örtlichen Grenzen der neuen österreichischen Civilprozessgesetze*, *NZ* 9 (1899) 433 (434 Anm. 1); Hedemann, *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches*, *Jena* 1904, S. 344; Schoch, *Klagbarkeit usw.*, *passim*; Morelli, *DPCI*, S. 37 f. (mit Ausnahmen); Favilli aaO S. 54; Allorio, *Limiti del diritto processuale internazionale*, *Riv. dir. proc.* 1936 II 255 (259); ders., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, *Milano* 1957, S. 125 Anm. 202; Mulder, *Internationaal Privaatrecht*, 2. A., Arnhem 1947, S. 228 f. (mit Einschränkungen); Wharton-Parmelee, *A treatise on the conflict of laws or private international law*, 3. A., Rochester 1905, vol. II, S. 1107; Note: *Presumptions, burden of proof, and the conflict of laws*, 43 *Harv. L. Rev.* 1134, 1137 (1929-30). Bei all diesen Äußerungen darf aber nicht vergessen werden, daß ihnen teilweise eine verschiedene Auffassung von der Beweislast zugrunde liegt.

38 Daher gibt es keine „Umkehrung der Beweislast“ auf Grund des Prozeßverhaltens einer Partei, dieses ist nur für die Beweiswürdigung von Bedeutung, Rosenberg, *Beweislast*, S. 191.

Rechtsordnungen gleichermaßen anerkannt ist³⁹. Da die Beweislastverteilung nur dem ausländischen Recht entnommen werden kann, kommt es auf die Frage der Qualifikation der Beweislast gar nicht an; es ist immer die *lex causae* zu befragen^{40, 41}, einerlei ob man die Beweislast nun dem materiellen Recht oder dem Prozeßrecht zuweisen will. Gerade in dieser Hinsicht ist der Blick durch eine allzu vorschnelle (im übrigen sowieso bestrittene) Qualifikation getrübt worden. Entweder war man sich nicht klar darüber, worauf es genau bei der Beweislast ankommt, hat also die Frage falsch gestellt, oder man hat in sklavischer Befolgung des Satzes, daß über das Prozeßrecht die *lex fori* bestimme, von der internen (und zwar meist umstrittenen) Qualifikation auf die kollisionsrechtliche Qualifikation geschlossen. Welche Argumente man auch für die prozessuale Qualifikation — z. B. daß sich die Beweislosigkeit erst im Prozeß zeige, daß es sich um eine prozessuale Anweisung an den Richter handle, daß das praktische Interesse an der Beschaffung des Beweises beeinflusst werde — vorbringen mag und welche für eine Eingliederung in das materielle Recht geltend gemacht werden — z. B. daß der Inhalt des Urteils durch die Beweislast bestimmt werde, daß sich ihre Verteilung nur aus dem materiellen Recht ableiten lasse —, ein solches Vorgehen berücksichtigt immer nur den einen oder anderen Punkt und muß daher an der Sache vorbeiführen.

Ob und welchen Ausnahmen der aufgestellte Grundsatz unterliegen kann, ist eine allerdings nicht einfach zu beantwortende Frage. Auszugehen ist wohl davon, daß für Sachverhalte, bei denen nur eine Rechtsordnung zur Anwendung in Frage steht, der dargelegte Grundsatz ausnahmslos anzuerkennen sein dürfte. Schwierig ist es natürlich, abstrakte Konfliktlagen aufzuzeigen, in denen vom normalen Prinzip der Maßgeblichkeit der *lex causae* abgegangen werden muß bzw. in denen es als zweckmäßig erscheint, davon abzugehen.

In Fällen sog. konkreter richterlicher Rechtsgestaltung, insbesondere also bei der Angleichung, ist die Beweislastfrage schon abgeschlossen. Sie spielt hier nicht mehr herein; denn der Richter hat bereits festgestellt, daß zwar zwei oder mehrere Rechte anzuwenden wären, sieht aber von deren Anwendung ab, weil z. B. die einschlägigen Rechtssätze eine heteronome Rechtsfolge anordnen. Was hier zu

39 S. die oben im Text aufgeführten Bestimmungen.

40 Ebenso Pohle aaO S. 335, 336.

41 Auch die Mehrzahl der gerichtlichen Entscheidungen hat sich für die *lex causae* ausgesprochen: ROHGE 13, 251 (252); 13, 264 (267); 24, 83 (87); RGZ 6, 412; RG, 22. 10. 1902 — JW 1902, 635; RG, 14. 3. 1908 — LZ 1908, 451 (Nr. 38); RG, 29. 10. 1929 — SA 79 Nr. 215; RG, 19. 5. 1928 — SA 82 Nr. 164; OLG Karlsruhe, 28. 10. 1931 — BadRpr. 34 (1932) 22; OLG München, 25. 2. 1952 — Schulze Rechtsprechung zum Urheberrecht, OLG Nr. 2; BGHZ 3, 345; Hof Amsterdam, 24. 10. 1946 — N. J. 1947 Nr. 229; BGE 16, 783 (790); 18, 295 (299); OGH, 30. 8. 1961 — JBl. 1962, 93 (94). Das Handelsgericht Zürich, 10. 4. 1908 — BIZR VII Nr. 140 will die *lex fori* anwenden.

beweisen ist, bestimmt der Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnormen. Eine Beweislastentscheidung läge nur im Vorfeld der Angleichung; würde etwa eine Rechtsfolge wegen mangelnder Erweislichkeit nicht eintreten, so käme nur noch die durch eine andere Norm angeordnete Rechtsfolge in Betracht. Auf diese wäre dann zu erkennen, es sei denn, die einzelnen Rechtsfolgen würden dergestalt voneinander abhängig gemacht, daß sie nur zusammen eintreten sollten.

Bei einer Lösung der Angleichungsfrage über eine Angleichung des Tatbestandes könnte theoretisch eine Veränderung des Beweisthemas durch die *lex fori* herbeigeführt werden, da sie für die Angleichungsentscheidung maßgebend ist. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Ein Deutscher hat einem anderen Deutschen auf Grund einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung Schaden zugefügt, und zwar durch Verletzung eines Schutzgesetzes i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB. Wendet man in diesem Fall das gemeinsame Heimatrecht (deutsches Recht) an, so muß trotzdem berücksichtigt werden, daß die Tat im Ausland begangen worden ist. Dies geschieht dadurch, daß man das ausländische Schutzgesetz in den § 823 Abs. 2 BGB „einbaut“. Damit wendet man einen modifizierten Tatbestand an. Wie gestaltet sich nun hier die Beweislage? Kann hier die Beweislast ausschließlich dem deutschen Recht entnommen werden ⁴²?

Da es bei der durch Angleichung erfolgten „Berichtigung“ des Tatbestandes letztlich darum geht, das ausländische Recht in den dem deutschen Recht unterliegenden Tatbestand miteinzubeziehen, sollte man meinen, daß die Beweislast sich auch nach dem deutschen Recht richten müßte; der Anspruch gründet sich ja auf deutsches Recht und nicht auf ausländisches. Soweit indes die Voraussetzungen des Schutzgesetzes in Frage stehen, kann hier das deutsche Recht nicht maßgebend sein, da dieses in dieser Beziehung auf das ausländische Recht verweist, um die „Leerstelle“ des § 823 Abs. 2 BGB zu füllen. Es ist daher das Recht des Begehungsortes hierfür heranzuziehen. Diese Lösung dürfte auch auf die übrigen Fälle des Auslandssachverhalts anwendbar sein.

Als eine weitere Gruppe problematischer Fälle kann auch die Anwendung mehrerer Rechte auf einen Sachverhalt angesprochen werden, gleichgültig ob diese auf Statutenkonkurrenz oder Kumulation beruht. Konkurriert etwa ein Vertragsanspruch mit einem Deliktsanspruch, dann können zwei unterschiedliche Rechte zur Anwendung berufen sein. Hierbei ist es möglich, daß sich das Vertragsstatut mit einem geringeren Umfang an zu beweisenden Tatsachen begnügt als das Deliktsstatut, vor allem im Hinblick auf das Verschulden, oder daß etwa das Vertragsstatut bei Vertragsverletzung die Beweislast einem

⁴² Ein Unterfall des Auslandssachverhalts ist auch die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts auf deutsche Kaufleute, die im Ausland miteinander in Wettbewerb stehen.

anderen aufbürdet als das Deliktsstatut. Hier dringt der Kläger auch dann durch (soweit beide Ansprüche auch tatsächlich miteinander konkurrieren), wenn er nur die Umstände bewiesen hat, die den Anspruch rechtfertigen, der die geringsten Anforderungen an den Kläger stellt. Eine echte Konfliktslage entsteht hier also nicht, da die Beweislast unabhängig dem einen oder anderen Recht entnommen wird.

Von besonderer Art ist die Problematik bei Art. 12 EGBGB. Gibt hier das deutsche Recht den Ausschlag, wenn nach diesem mehr Tatsachen bewiesen werden müssen als nach dem Recht des Begehungsortes? Fällt unter Art. 12 EGBGB auch die für den Kläger im Endergebnis „schwierigere“ Beweislast?

Die Beweislastfrage wird u. E. von Art. 12 EGBGB mitumfaßt. Art. 12 EGBGB spricht von „weiter gehenden Ansprüchen“, damit hat er an sich allein die materiell-rechtlichen Vorschriften der deutschen Rechtsordnung im Auge, unabhängig von deren Beweis bzw. Beweislosigkeit. Da die Beweislast weder den Tatbestand noch die Rechtsfolge des Rechtssatzes direkt betrifft, mit dem den Anspruch begründenden Rechtssatz also nicht in unmittelbare Beziehung tritt, ist noch nicht gesagt, daß die Beweislastfrage aus dem Anwendungsbereich des Art. 12 EGBGB ausscheidet. Dies ergibt sich auch nicht daraus, daß die Beweislast nur eine Anweisung an den Richter darstellt, wie er bei einem *non liquet* in der Tatfrage zu entscheiden hat, nicht aber der Partei, die von ihr günstig berührt wird, ein direktes Recht gewährt, was sich dann zeigt, wenn die Klage abgewiesen wird. Für Art. 12 EGBGB muß aber die praktische Auswirkung der Beweislastfrage den Ausschlag geben, d. h. daß Art. 12 EGBGB auf sie Anwendung findet.

Auch die Fälle der Gesamthandlung lassen sich mit dem normalen Grundsatz lösen, da es sich um jeweils verschiedene unerlaubte Handlungen dreht und nicht um ein rechtlich einheitlich zu beurteilendes Geschehen, so sehr man diese Sachlage bedauern kann. Das tatsächlich einheitliche Geschehen wird in rechtlich selbständige Teile zerlegt. Diese haben ihr eigenes rechtliches Schicksal. Auf die Beweislast bezogen heißt dies, daß sie sich nach der jeweiligen *lex causae* des einzelnen Anspruches richtet. Dies führt natürlich u. U. dazu, daß eine Rechtsordnung geringere, eine andere größere Anforderungen in beweissrechtlicher Hinsicht stellt. Derartige Unzuträglichkeiten sind jedoch so lange nicht zu vermeiden, als man sich nicht dazu durchgerungen hat, die Gesamthandlung (wenigstens im Hinblick auf den Schadensersatz) als eine rechtliche Einheit zu behandeln, also einer Rechtsordnung zu unterstellen⁴³.

43 Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 175 ff., wendet sich gegen eine „Nationalisierung“ internationaler Sachverhalte. Er will einen materiellen Maßstab aus der Natur der Sache gewinnen und nennt einige Fälle, bei denen er glaubt, daß ein solcher gegeben sei. Er geht aber (aaO S. 184 ff. und 275) gleich wieder einen Schritt zurück, indem er bei internationalen Sachverhalten mit fehlendem materiellem Maßstab eine Mehrfachanknüpfung hinnimmt.

Im Zusammenhang mit dem Deliktsrecht tritt die Frage divergierender Beweislastverteilungen kaum in Erscheinung, da im Regelfall nur ein Recht zur Beurteilung des Sachverhalts heranzuziehen ist. Sind ausnahmsweise mehrere Rechte anzuwenden, wie in den geschilderten Beispielen, so lassen sich etwaige divergierende Beweislastverteilungen ohne größere Schwierigkeiten in der angegebenen Weise lösen.

Wirkliche Engpässe treten aber dann auf, wenn bei einem Sachverhalt, sei es auf Grund einer oder zweier Kollisionsnormen, die zur Anwendung berufenen materiellen Rechte bzw. Rechtssatzgruppen eine verschiedene Beweislastverteilung vornehmen⁴⁴. Einen Fall haben wir bereits bei der Anspruchskonkurrenz kennengelernt. Bei der Spaltung gegenseitiger Verträge, z. B. nach Käufer- und Verkäuferrecht, kann es vorkommen, daß das eine Recht dem Käufer, das andere dem Verkäufer das *non liquet* aufbürdet, wenn es um den Nachweis einer Schlechterfüllung geht. Wie ist in solchen Fällen zu verfahren? Ausgeschlossen ist eine „Neutralisierung“ der beiden Beweislastnormen. Der Richter hat in jedem Fall eine sachliche Entscheidung zu treffen, die aber immer zum Nachteil einer der beiden Parteien gereichen wird. Schröder⁴⁵ will hier die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ genügen lassen, und wenn die Wahrscheinlichkeit weder für die eine noch die andere Partei spräche, wäre auf die *lex fori* zurückzugreifen, nicht weil die Beweislast dem Prozeßrecht angehöre, sondern deshalb, weil die Beweislast nur im Prozeß akut werde.

In dem Augenblick aber, in dem man auf die Wahrscheinlichkeit zurückgreift, wird der Anwendungsbereich der Beweislast verlassen; denn ob eine Tatsache wahrscheinlich ist oder nicht, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Diese richtet sich im allgemeinen ohnehin nach der *lex fori*. Stellt man also auf die Wahrscheinlichkeit einer Tatsache ab, so wird das Problem auf eine andere Ebene verschoben. Gründet der Richter jedoch seine Entscheidung auf die Beweislast, so hat er das Stadium der Beweiswürdigung bereits abgeschlossen; der Richter hat festgestellt, daß die zu erweisenden Tatsachen nach seiner Überzeugung nicht bewiesen worden sind. Gegen die Lösung Schröders sprechen an sich beweisrechtliche Grundsätze. Hält man sich jedoch die besondere Fallkonstellation vor Augen, so könnte sich seine Lösung trotzdem halten lassen. Aus den zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen ergibt sich jedenfalls keine Lösungsmöglichkeit. Die Divergenz muß auf alle Fälle durch den *lex fori*-Richter einer Lösung zugeführt werden. Fraglich bleibt nur, welche Grundsätze dabei der Entscheidung zugrunde zu legen sind. Soll die vergleichbare Beweislastregelung der *lex fori* vom Gericht herangezogen oder soll von der Beweislastregelung ganz abgesehen und nach Wahrscheinlichkeit oder

44 Über divergierende Vermutungen s. unter 3.

45 Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 129.

Billigkeit entschieden werden? Da der Richter hier vor einer Angleichungsfrage steht, die Angleichung selbst aber als eine durch gewisse Kriterien „gelenkte Billigkeitsentscheidung“ anzusehen ist⁴⁶,⁴⁷, steht es dem Richter frei, an welchem Punkt er einsetzen will⁴⁸. Einige sachliche Leitprinzipien können ihm hierbei allerdings behilflich sein. Es ist durchaus möglich, daß der Richter es bei der bloßen Wahrscheinlichkeit bewenden lassen kann. Insoweit müßte dann von § 286 ZPO abgegangen werden, weil nach dieser Bestimmung die bloße Wahrscheinlichkeit keine geeignete Entscheidungsgrundlage darstellt. Vom Richter zu verlangen, die Wahrscheinlichkeit als dessen Überzeugung auszugeben, wäre nicht Rechtsens. Rechtfertigen läßt sich ein derartiges Vorgehen damit, daß § 286 ZPO voraussetzt, daß die Feststellung der Beweislastverteilung überhaupt möglich ist, was eben bei divergierenden Bestimmungen nicht der Fall ist.

Ein weiterer gangbarer Weg scheint uns die Anwendung der Beweislastnorm der *lex fori* zu sein. Hierbei wird u. U. eine größere sachliche Konnexität gewahrt; freilich ist nicht zu übersehen, daß dann, wenn eine der anzuwendenden Rechtsordnungen das materielle Recht der *lex fori* ist, ein solcher Weg nicht gangbar ist. Ist im übrigen eine analoge Beweislastnorm im materiellen Recht der *lex fori* nicht festzustellen, wäre auf die Wahrscheinlichkeit zurückzugreifen. Spricht aber letztere weder für die eine noch für die andere Partei, müßte der Richter nach Billigkeit entscheiden.

3. Gesetzliche Vermutungen

In allen Rechtsbereichen stoßen wir immer wieder auf vom Gesetzgeber aufgestellte Vermutungen. Sie spielen im gesamten positiven Recht eine äußerst wichtige Rolle⁴⁹. Der Gesetzgeber bedient sich

46 Unrichtig ist es, wenn Schröder aaO S. 129 (unten) behauptet, daß der deutsche Gesetzgeber diese Situation geregelt habe.

47 Kegel, IPR, S. 97, spricht von der „Interessenabwägung im Einzelfall“.

48 Sog. materielles Recht im IPR vermag darin nicht erblickt zu werden. Zutreffend Schröder aaO S. 96. Die Angleichungsentscheidung schafft keine Normen, da ihr der den Normen wesentliche generelle Charakter fehlt, es wird lediglich die konkrete Sachlage rechtlich gestaltet. Sie läßt sich nicht ohne weiteres auf andere Fälle übertragen. Selbst wenn in gleichliegenden Fällen eine gleichlautende Entscheidung ergehen kann, so heißt das noch lange nicht, daß damit eine Norm geschaffen wird. Hier kann allenfalls von einem Prinzip gesprochen werden, dem aber die verbindliche Kraft der Norm fehlt. Im übrigen ist auch der Begriff des materiellen Rechts im IPR unglücklich, da es sich allenfalls um die Neubildung von materiellen Normen handelt, die durch das IPR veranlaßt worden sind; die gefundenen Normen brauchen daher noch lange nicht zum IPR gezählt zu werden. Soweit Anpassungsgrundsätze überhaupt bestehen, sind sie eher Erfahrungssätzen als Rechtsnormen vergleichbar.

49 Gény, *Science et technique en droit privé positif*, vol. III, Paris 1921, S. 265: „La notion de présomption . . . joue un rôle capital dans l'ensemble du droit positif.“

ihrer, um für typische Tatbestände die Beweisfrage⁵⁰ zu erleichtern, also dann, wenn es sich um Umstände handelt, die in der überwiegenden Zahl der Fälle anzutreffen, einem Beweis jedoch meist sehr schwer zugänglich sind. Hier sieht er davon ab, sie zur Voraussetzung der Rechtsbegründung zu erheben, sondern verfährt gerade umgekehrt. Die schwer erweislichen, aber selten fehlenden Umstände werden beiseite gelassen, die Rechtsentstehung wird vielmehr zur Folge des Tatbestandes gemacht, der in der Regel vorliegt⁵¹. Bei den gesetzlichen Tatsachenvermutungen wählt der Gesetzgeber aber meist den Weg, daß er an sich einen von der Beweisfrage losgelösten Tatbestand aufstellt, jedoch die eine oder andere notwendige Tatsache vermutet, falls eine andere Tatsache vorliegt, die in vielen Fällen einen Schluß auf das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des geforderten Tatbestandsmerkmals zuläßt⁵².

Gesetzliche Tatsachenvermutungen sind also „solche Rechtssätze, die das Vorliegen einer als Tatbestandsmerkmal einer Rechtswirkung erfordernden Tatsache aus einem tatbestandsfremden Umstand erschließen“⁵³. Die gesetzlichen Vermutungen von Rechtsverhältnissen (besser: Rechtszustandsvermutungen⁵⁴) unterscheiden sich von den gesetzlichen Tatsachenvermutungen insbesondere dadurch, daß sie den Richter von der Rechtsanwendung entheben⁵⁵.

Gesetzliche Vermutungen finden also ihren Grund in einem Rechtssatz⁵⁶, nicht in Erfahrungssätzen⁵⁷. Diese Erkenntnis ist für deren internationalprivatrechtliche Behandlung fundamental. Ein weiterer Hinweis für die Behandlung der gesetzlichen Vermutungen im IPR ergibt sich aus dem Charakter der Vermutungen als Beweislastregeln. Der Beweislastcharakter der gesetzlichen Vermutung folgt daraus, daß bei Ungewißheit über den vermuteten Tatumstand der Richter die Vermutung anwendet, falls die Vermutungsbasis (d. h. die tatsächlichen Voraussetzungen der Vermutung) bewiesen worden ist, und eine damit für den Kläger günstige Entscheidung trifft. Die Vermutung macht also den Beweis der vermuteten Tatsache überflüssig und „er-

50 „Durch eine ungeschickte Lösung dieser Aufgabe können Rechte, obwohl sie begründet sind, nahezu schutzlos werden.“ (Rosenberg, Beweislast, S. 208).

51 Rosenberg, Beweislast, S. 208.

52 Rosenberg, Beweislast, S. 209.

53 Rosenberg, Beweislast, S. 203.

54 Rosenberg, Beweislast, S. 228.

55 Rosenberg, Beweislast, S. 230.

56 Über die „tatsächlichen Vermutungen“ unter 4.

57 Man kann allerdings bei den gesetzlichen Vermutungen von „gefrorenen Erfahrungssätzen“ sprechen, wie dies Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, Berlin 1926, S. 347, im Hinblick auf die Beweislastregeln zum Ausdruck gebracht hat.

leichtert" dadurch die Beweislast, weil sie das Beweisthema verschiebt⁵⁸.

Wenn daher die gesetzliche Vermutung in Gestalt eines Rechtssatzes in Erscheinung tritt, so ist bei kollisionsrechtlich relevanten Fällen die Frage zu beantworten, ob derartige Rechtssätze der *lex fori* oder der *lex causae* zu entnehmen sind; denn die Vermutung könnte ja zum Prozeßrecht gezählt werden, was die Anwendung der *lex fori* zur Folge hätte. Diese Frage ist zugunsten der *lex causae* zu beantworten^{59, 60}; dabei ist es wie bei der Beweislast gleichgültig, ob man die Vermutung zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht zählen will; ihre Qualifikation ist somit nicht notwendig. Würde man die *lex fori* über die Vermutung entscheiden lassen, so würde dies dazu führen, daß in vielen Fällen eine Vermutung gar nicht zur Verfügung stünde, in denen aber die *lex causae* selbst eine solche bereit hält. Des weiteren sind die Vermutungen ja auch Beweislastvorschriften, anläßlich deren Behandlung schon darauf hingewiesen wurde, daß im allgemeinen nur die *lex causae* über deren Bestehen Auskunft geben kann. Welche Tatsachen⁶¹ nämlich vermutet werden sollen, kann nur die *lex causae* bestimmen, die *lex fori* hat zu dieser Frage keine Beziehung; denn die Umgrenzung des Beweisthemas nimmt allein der auf den Fall anzuwendende Rechtssatz der *lex causae* vor, nicht aber die *lex fori*.

58 Leonhard, Beweislast, S. 232, sagt: „Vermutungen sind gesetzliche Regeln, wonach beim Beweise einer Tatsache eine andere vorläufig als bewiesen gilt.“

59 Die gesetzlichen Vermutungen richten sich nach der *lex causae*: von Bar, Theorie und Praxis, Bd. II, S. 384; ders., Lehrbuch, S. 176; Hedemann aaO S. 344 (er unterwirft Beweislast und gesetzliche Vermutungen verschiedenen Regeln!); Neumeyer aaO S. 182; Niederländer aaO S. 51; Laurent, Le droit civil international, Bruxelles 1881, vol. VIII, S. 46; Vareilles-Sommières, La synthèse, du droit international privé, Paris o. J., vol. II, S. 285; Lerebours-Pigeonnière, DIP, S. 527; Batiffol, Traité, Nr. 727 (S. 809); de Vos, Le problème des conflits de lois, vol. II Nr. 682 (S. 697); Decottignies, Les présomptions en droit privé, Paris 1950, S. 258; Perrot aaO S. 274; Storme aaO S. 63, 370; Ronse, Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, Brüssel 1954, S. 138; Offerhaus aaO S. 118; Smits, Internationaal bewijsrecht in burgerlijke zaken, Diss. Amsterdam 1885, S. 30 f.; Jitta aaO S. 615; Cereti aaO S. 162, 166 Anm. 1; Pau aaO S. 86; Favilli aaO S. 48; Durante aaO S. 543; Cansacchi, Sulla legge regolatrice delle presunzioni, Giur.comp.d.i.p. III, 210 (213); Bentivoglio, In tema di legge regolatrice delle presunzioni legali, Giur. comp.d.i.p. XI, 270 (271); Beale, The conflict of laws, New York 1935, vol. III, S. 1610 f.; Cook, The logical and legal bases of the conflict of laws, Cambridge/Mass. 1942, S. 179; Breslauer, Foreign presumptions and declarations of death and English private international law, 10 Mod.L.R. 121, 132 (1947). Die *lex fori* wollen entscheiden lassen: Allorio, Limiti, S. 259; Menger aaO S. 155 Anm. 110; Wharton-Parmelet, vol. II, S. 1108. Vgl. auch Note: Presumptions, burden of proof, and the conflict of laws, 43 Harv. L. Rev. 1134, 1137 Anm. 23 (1929-30).

60 Aus der Rechtsprechung: ROHGE 24, 83 (85); RG, 8. 7. 1901 — SA 56 Nr. 264 (intertemporal); RGZ 52, 119 (124 f.) (intertemporal); Cour d'appel de Liège, 8. 1. 1931 — Clunet 1931, 732 (bzgl. Art. 1384 C.c.).

61 Die Rechtszustandsvermutungen brauchen deshalb nicht näher erörtert werden, da auf sie die gleichen Grundsätze anwendbar sind.

Zu untersuchen bleibt noch, inwieweit vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der *lex causae* abgegangen werden kann und gegebenenfalls muß. Hierbei sind zwei Fälle ins Auge zu fassen: Das Zusammentreffen von verschiedenen Vermutungsvorschriften bei Art. 12 EGBGB sowie die Behandlung von sich widersprechenden Todesvermutungen, die für unseren Bereich insofern von Wichtigkeit ist, als es um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch die Erben geht, was bei Unfällen mit tödlichem Ausgang öfters vorkommt. Ein Hauptbeispiel der ersten Gruppe ist die Geschäftsherrnhaftung. Hier entstehen vor allem beim Zusammentreffen von Art. 1384 C.c.⁶² mit § 831 BGB einige Probleme. Art. 1384 C.c. enthält eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung für das Verschulden des Geschäftsherrn hinsichtlich solcher Delikte, die durch Personen begangen werden, für die er einzustehen hat (*responsabilité du fait d'autrui*); es handelt sich also genau genommen wohl um eine Rechtsvermutung nicht um eine gesetzliche Tatsachenvermutung, was aber hier keine weitere Rolle spielt. Nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Geschäftsherr jedoch die Möglichkeit, sich von seinem Verschulden zu exkulpieren. Wie ist nun die Rechtslage, wenn ein deutscher Geschäftsherr für eine **Handlung** in Anspruch genommen wird, die sein Gehilfe in Frankreich begangen hat? Nach allgemeiner Meinung ist die Haftung des Geschäftsherrn gleichfalls nach der *lex loci delicti commissi* zu beurteilen, d. h. nach dem Recht des Ortes, an dem die Tat des Gehilfen begangen worden ist⁶³, in unserem Beispiel also nach französischem Recht. Der Kläger braucht damit kein Verschulden des Geschäftsherrn nachzuweisen, wenn er gegen diesen Klage erhebt. Dieser haftet also auch dann, wenn ihm der Exkulpationsbeweis gelänge; die Verschuldensvermutung ist den oben entwickelten Grundsätzen der *lex causae* zu entnehmen und nicht der *lex fori*. Bringt nun Art. 12 EGBGB hier eine Veränderung, d. h. kann der deutsche Geschäftsherr auf Grund dieser Vorschrift trotzdem den Exkulpationsbeweis führen, so daß letztlich die *lex fori* den Ausschlag gibt? § 831 Abs. 1 S. 2 BGB enthält selbst keine Schuldvermutung; die der Vermutung wesentlichen Voraussetzungen liegen nicht vor. Der § 831 Abs. 1 S. 2 BGB regelt nur die Beweislast. Doch dürfte, wie bei der Beweislast bereits ausgeführt wurde, Art. 12 EGBGB eine Berufung des beklagten Geschäftsherrn auf § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ermöglichen, auch wenn man in der zuletzt genannten Bestimmung kein Recht des Geschäftsherrn sieht. Interessant ist dabei, daß hier eine ausländische Vermutung u. U. durch eine

62 Allgemein zu Art. 1384 C.c. (im deutschen Schrifttum) Kaden, Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht, aaO S. 96 ff.; ders. in den Anmerkungen zu Art. 1384 C.c., in Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I Frankreich, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929, S. 452 ff.

63 Vgl. Rigaux, Le statut de la représentation, Leiden 1963, S. 92; Wiegen, Diss., S. 54 (unergiebig); s. auch die Rechtsprechungsnachweise in Kap. 1 Anm. 302.

inländische Beweislastnorm verdrängt wird. Dieses Ergebnis wird man ferner aus der besonderen Fallgestaltung heraus bejahen müssen, obwohl rein dogmatische Erwägungen an sich gegen ein solches Recht des Beklagten sprechen, da die Beweislast dem von ihr Begünstigten kein Recht verleiht, sondern die durch sie hervorgerufene Begünstigung lediglich als ein Rechtsreflex aufzufassen ist. Man wird demnach eine Berufung des beklagten Geschäftsherrn auf § 831 Abs. 1 S. 2 BGB für zulässig erachten müssen, weil ja letztlich davon dessen Verantwortlichkeit abhängt.

Eine wirkliche Divergenz zweier Vermutungen besteht dann, wenn z. B. Vater und Sohn eine verschiedene Staatsangehörigkeit besitzen und bei einer Katastrophe (Flugzeugabsturz, Schiffsuntergang) ums Leben gekommen sind⁶⁴. Hier kann ein Heimatrecht⁶⁵ vermuten, daß einer von beiden länger gelebt hat als der andere, das andere Heimatrecht, daß die vom einen Heimatrecht gewählte Reihenfolge gerade umgekehrt lautet. Wer hat dann wen beerbt? Von Bedeutung kann dies ja — wie gesagt — für denjenigen sein, der Erbe des zuletzt Verstorbenen ist. Es muß festgestellt werden, wer nun der eigentlich Berechtigte ist, Ansprüche etwa gegen die Luftverkehrsgesellschaft zu erheben. Hier bieten sich dieselben Lösungsmöglichkeiten wie bei den divergierenden Beweislastbestimmungen an. Schlechterdings unmöglich ist, daß der Nachlaß „ins Leere fällt“⁶⁶; die widersprechenden Todesvermutungen können sich nicht gegenseitig neutralisieren. Man kann sich entweder mit allgemeinen Erwägungen behelfen, indem man etwa sagt, daß der jüngere von beiden den älteren überlebe, oder man greift auf die Lösung der *lex fori* zurück. Eine Patentlösung läßt sich hier ebensowenig geben wie im Fall divergierender Beweislastbestimmungen.

4. *Der prima facie-Beweis*

In Gegenüberstellung zu den gesetzlichen Vermutungen spricht man auch von „tatsächlichen Vermutungen“. Gerade den letzteren kommt im Bereich des deliktischen Schadensersatzrechtes besonders große Bedeutung zu. Man versteht darunter, daß sich dieser oder jener Vorgang im allgemeinen in einer bestimmten Weise abspiele; es werden also gewisse Geschehensabläufe typisiert, um auf sie dann zurückzugreifen, wenn der zur Entscheidung stehende Fall unter eine

64 Zur Frage der Kommorientenvermutung: Laxague, *Conflits de lois en matière de présomptions de survie pour le cas de mort simultanée*, *Clunet* 1902, 423 ff.; Breslauer, *Foreign presumptions and declarations of death and English private international law*, 10 *Mod. L.R.* 121 ff. (1947); Fragistas, *Die Kommorientenvermutungen im Internationalen Privatrecht*, *Festschr. f. R. Laun* z. 70. Geburtstag, Hamburg 1953, S. 693 ff.; de Nova, *La commorienza in diritto internazionale privato*, *Festschr. f. H. Lewald*, Basel 1953, S. 339 ff.

65 als Erbstatut

66 Schröder aaO S. 129.

der aufgestellten Typisierungen fällt ⁶⁷. Damit soll eine Beweiserleichterung erreicht werden, es soll nicht der genaue Geschehensablauf rekonstruiert werden müssen, weil die Erfahrung hier aushelfen kann. Derartige Erfahrungssätze sind aber keine Vermutungen im Rechtssinne; sie erleichtern nur die Beweisführung insoweit, als sie für den Richter ein Hilfsmittel zur Gewinnung seiner Überzeugung darstellen. Auf die Beweislast üben solche Erfahrungssätze keinen Einfluß aus, da sie die Folgen eines *non liquet* nicht berühren, vielmehr ein solches gerade verhindern wollen. Daraus ergibt sich, daß der *prima facie*-Beweis im Feld der Beweiswürdigung anzusiedeln ist und nicht bei der Beweislastproblematik ⁶⁸. Erfahrungssätze sind eben keine Rechtssätze ⁶⁹, dafür sind sie zu unscharf und flexibel ⁷⁰.

Die Würdigung des dem Richter von den Parteien vorgelegten Beweismaterials erfolgt aber, wenn es sich um den Nachweis „ausländischer“ Tatsachen handelt, nach der *lex fori* ⁷¹; sie weist den Richter an, welche Stellung er zu den von den Parteien vorgebrachten Beweismitteln zu beziehen hat. Sie bestimmt den Umfang des dem Richter hierbei zur Verfügung stehenden Spielraumes, der enger oder weiter als nach dem Prozeßrecht der *lex causae* sein kann, je nachdem, ob die *lex fori* gesetzliche Beweisregeln kennt oder dem Richter die freie Beweiswürdigung wie § 286 ZPO zugesteht, und daher auch aus dem „Inbegriff“ der Verhandlung Schlüsse für die Beweiswürdigung gezogen werden können. Sie bestimmt ferner, inwieweit der Richter an Erkenntnisse anderer Gerichte (etwa an ein Strafurteil) gebunden ist ⁷².

Fraglich kann nur sein, ob im Rahmen der Beweiswürdigung und vor allem bei der Berufung auf „ausländische“ Erfahrungssätze nicht doch insoweit die ausländischen Elemente des Sachverhalts eine Berücksichtigung finden können, als bei diesen Sachverhalten im Ausland normalerweise gewisse beweiserleichternde Schlüsse gezogen werden ⁷³. Zu denken ist dabei insbesondere an Verkehrsunfälle, Schiffskollisionen sowie die Verletzung sonstiger Schutzgesetze, auf

67 Das anglo-amerikanische *law of evidence* verwendet hierfür die anschauliche Parömie „*res ipsa loquitur*“. Das französische Recht spricht von „*présomptions du fait de l'homme*“.

68 Dies aber meint z. B. Wassermeyer, *Der prima facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen*, Münster 1954, S. 3.

69 Es ist daher grundverkehrt, wenn Riezler, *IZPR*, S. 466, sagt, daß der Richter hier Norm(!)adressat sei.

70 Vgl. hierzu Krell, *Der Prima-facie-Beweis*, Diss. Erlangen 1949, S. 40.

71 Riezler, *IZPR*, S. 466 f.; Hof 's Gravenhage, 21. 12. 1936 — *N. J.* 1937 Nr. 350; Handelsgericht Zürich, 23. 6. 1909 — *BIZR IX* Nr. 187.

72 Die Bindung des Zivilrichters an Urteile der Strafgerichte wurde durch § 14 Abs. 2 Nr. 1 EGZPO aufgehoben. Sie besteht z. B. noch in Österreich (§ 268 öZPO).

73 von Bar, *Theorie und Praxis*, Bd. II, S. 385, ist der Ansicht, daß man dem Richter damit „das Urteil über den Beweis raube“. Der Richter dürfe nicht gezwungen werden, seine Überzeugung zu verleugnen.

vertraglichem Gebiet auch an die sog. Vermutung der Vollständigkeit einer Urkunde ⁷⁴.

Eine der „Vermutung“ der Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde ähnliche Institution ist die „parol evidence rule“ des amerikanischen Rechts. Die Behandlung der mit dieser zusammenhängenden Problematik gehört zwar streng genommen nicht hierher, doch stellt sich diese auch in gewisser Weise für das Deliktsrecht, weil es eben darum geht, ob „Vermutungen“ dieser Art durch ein ausländisches Gericht angewandt werden können.

Die parol evidence rule besagt, daß ein Beweis gegen den Inhalt einer Urkunde unzulässig ist, wenn damit nachgewiesen werden soll, daß die in der Urkunde verkörperte rechtliche Erklärung eine andere Rechtswirkung habe, d. h. anders zu verstehen sei, oder gar nicht wirksam sei ⁷⁵. Der rule liegt der Gedanke zugrunde, daß die in der Urkunde niedergelegte Erklärung dem Willen der Parteien entspreche. Von der parol evidence rule gibt es freilich manche Ausnahmen, so daß McKelvey ⁷⁶ feststellte: „The parol evidence rule has been so limited by the exceptions . . . that its value . . . may well be questioned.“ Gleichwohl stellt sich natürlich die Frage, ob z. B. auf einen dem amerikanischen Recht unterstehenden Vertrag die parol evidence rule von einem deutschen Gericht anzuwenden ist. Dies ist schon deswegen nicht unbedingt von der Hand zu weisen, wenn die Parteien in den USA den Vertrag geschlossen haben, wo evtl. die Schriftform gerade darum gewählt worden ist, um später in einer günstigeren Beweis-situation zu sein. Die amerikanischen Gerichte schwanken darin, ob sie die parol evidence rule als matter of procedure oder als substantive law ansehen sollen ⁷⁷. Jüngere Entscheidungen ⁷⁸ neigen dazu, sie als materiell-rechtliche Regel zu behandeln und folglich eine parol evidence rule eines anderen Staates anzuwenden. Wie die parol evidence rule nach deutschem Recht zu beurteilen ist, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden; denn das anglo-amerikanische und — pauschal genommen — das kontinentaleuropäische Beweissystem sind doch sehr verschieden strukturiert und weisen viele nicht vergleichbare Unterschiede auf, denen im einzelnen hier nicht nachgegangen zu werden braucht. Theoretisch könnte man in der parol evidence rule eine Beschränkung des Beweises für bestimmte Fälle sehen. Sie stünde damit

⁷⁴ Zur parol evidence rule schreibt etwa McKelvey, Handbook of the law of evidence, 4. A., St. Paul/Minn. 1932, S. 477: „It is at least open to question whether the so-called rule is a rule at all either of evidence or substantive law, for when it would conceal the real meaning and intent of the parties the courts do not enforce it.“

⁷⁵ McKelvey aaO S. 475.

⁷⁶ McKelvey aaO S. 477.

⁷⁷ Vgl. den Überblick in: Conflict of laws as to parol evidence rule, 141 A.L.R. 1041 ff. u. nunmehr auch Sluyters aaO S. 383-385.

⁷⁸ American Crystal Sugar Co. v. Nicholas, 124 F. 2d 477 (1941); Long v. Morris, 128 F. 2d 653 (1942).

in einer Reihe mit der berühmt-berüchtigten Vorschrift des Art. 1341 C.c., über dessen internationalrechtliche Tragweite schon viel geschrieben worden ist⁷⁹. Auf der anderen Seite nähert sich die *parol evidence rule* einer Auslegungsregel, die jedoch mehr auf Erfahrungssätzen basiert als etwa auf einem Rechtssatz. Im ganzen betrachtet: Die *parol evidence rule* schränkt die Beweismöglichkeit in erheblichem Umfang ein, so daß sie in Deutschland als unanwendbar erscheint; die amerikanischen Stellungnahmen lassen sich deshalb nicht unbedingt heranziehen, da sie nur die interstate-Konflikte im Auge haben, in den einzelnen Staaten aber prinzipiell die *parol evidence rule* durchweg bekannt ist. Dort kann dann in der Tat nur darauf abgestellt werden, ob sie sich materiell auswirkt oder nicht.

Der wirkliche Fall des *prima facie*-Beweises ist die Doktrin der „*res ipsa loquitur*“⁸⁰. Mit ihrer Hilfe wird vor allem in *negligence cases* das Verschulden nachzuweisen versucht; sie teilt demnach den Anwendungsbereich des *prima facie*-Schuld„beweises“⁸¹. Allerdings ist auch hier Vorsicht geboten; so bezeichnete z. B. ein Kentucky Statute eine Geschwindigkeit von über 20 Meilen in der Stunde als „*prima facie evidence of unreasonable and improper driving*“⁸². Hier aber handelt es sich zweifellos um eine gesetzliche Verschuldensvermutung⁸³, so daß das Recht von Kentucky auf jeden Fall anzuwenden ist, wenn ein ausländisches Gericht über den Sachverhalt zu entscheiden hat⁸⁴.

Ein anderer Fall aus der amerikanischen Rechtsprechung⁸⁵ mag die

79 Neuner, Der Sinn, S. 120, meint, daß es richtiger sei, Art. 1341 C.c. vor deutschen Gerichten nicht anzuwenden, jedoch nicht aus der Erwägung heraus, weil es sich um eine prozessuale Bestimmung handle, sondern weil bei deren Anwendung eine Kollision mit den allgemeinen Prozeßgrundsätzen zu befürchten sei. — J. Goldschmidt, ZPR, 2. A., Berlin 1932, S. 23, zählt die Bestimmungen, die den Zeugenbeweis beschränken, zu der von ihm entwickelten Kategorie des materiellen Justizrechts; ihre Zulässigkeit richte sich daher nach dem in der Sache anzuwendenden Recht. Ebenso W. Goldschmidt, *Sistema y filosofia*, vol. III, S. 19. Im Ergebnis auch KG, 25. 10. 1927 — JW 1929, 448, 449.

80 S. die ausgezeichnete Formulierung von Judge Pitney in *Sweeny v. Erving*, 228 U. S. 233, 240 (1914):

„*Res ipsa loquitur*, when it applies, does not convert the defendant's general denial into an affirmative defense. When all evidence is in, the question for the jury is whether the preponderance is with the plaintiff.“

81 Wassermeyer aaO S. 5 hält ihn für einen echten Beweis, und zwar einen Rechtsbeweis, der eine Umkehrung der Beweislast herbeiführe. Diese These ist aber u. E. nicht haltbar.

82 Vgl. *Davis Cabs, Inc. v. Evans*, 182 N. E. 327 (1932).

83 So auch Note: *Statutory presumptions of negligence in the conflict of laws*, 42 Yale L. J. 286 ff. (1932-33).

84 Daher war die Entscheidung des Gerichts unrichtig, das die *lex fori* angewandt hatte. Die in der vorigen Anmerkung genannte Note wirft der Entscheidung vor, daß sie „only a nominal classification“ vornehme.

85 *Lobel v. American Airlines, Inc.*, 192 F. 2d 217 (1952) und dazu die Note: *Conflict of laws-res ipsa loquitur-characterization of New York law in federal court under Erie v. Tompkins*, 27 N.Y.U.L.Rev. 348 ff. (1952).

Frage ins volle Licht rücken, ob fremde Erfahrungssätze angewandt werden sollten: Der Kläger erhob in New York eine Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung (negligence). Er wurde bei einem Flugzeugabsturz in Indiana verletzt. Er berief sich auf Tatsachen, die die *res ipsa loquitur*-Regel anwendbar erscheinen ließen. Nach dem Recht von Indiana schafft die Doktrin eine Vermutung für negligence, während nach dem Recht von New York die vorliegenden Tatsachen eine so weitgehende Folgerung nicht zulassen. Das Gericht wendet auf diese Frage nur New Yorker Recht an, da es sich um eine prozesuale Frage handle⁸⁶.

U. E. kommt man hier nicht weiter, wenn man sich lediglich darauf beruft, daß der *prima facie*-Beweis unter die Rubrik „Beweiswürdigung“ einzureihen ist. Sofern es sich nämlich um Tatbestände handelt, die nur Beziehungen zu einem einzigen Territorium aufweisen, sollte man sich der Stellungnahme des dort geltenden Rechts nicht verschließen. Dem Richter wird hier keine Überzeugung aufgezwungen; er kann sich hiergegen mit Art. 30 EGBGB zur Wehr setzen⁸⁷. Eine Berücksichtigung des *prima facie*-Beweises der *lex causae* empfiehlt sich insbesondere dann, wenn es zweifelhaft erscheint, ob die anzuwendende Rechtsordnung daraus nur eine „tatsächliche Vermutung“ oder evtl. eine Rechtsvermutung ableitet^{88, 89}, was angesichts der in den meisten Rechten systematisch nicht geklärten Rechtslage bzgl.

86 Die eben angeführte Note (aaO S. 357) sieht in der Entscheidung *Lobel v. American Airlines, Inc.* einen bedauerlichen Fall einer „mechanical jurisprudence“.

87 Sieht man im *prima facie*-Beweis eine Umkehrung der Beweislast, so müßte man ohnehin konsequenterweise die *lex causae* anwenden.

88 Nach von Bar, Theorie und Praxis, Bd. II, S. 385; Riezler, IZPR, S. 466; Perrot aaO S. 276; Decottignies aaO S. 260; Cansacchi, Sulla legge regolatrice, S. 213; Goldschmidt, Sistema y filosofia, vol. III, S. 20, richtet sich der *prima facie*-Beweis nach der *lex fori*. Für die Anwendung der *lex causae* sind: Niederländer aaO S. 51; Weiss, Traité, vol. V, S. 526; Laurent aaO S. 89; Rolin, Principes de droit international privé, vol. III, Paris 1897, Nr. 1036 (S. 32 f.), Nr. 1038 (S. 35 f.); de Vos, Le problème des conflits de lois, vol. II Nr. 682 (S. 698); Smits aaO S. 29; Wigmore, A treatise on the anglo-american system of evidence, 3. A., vol. I, Boston 1940, S. 163 (bzgl. der hearsay-rule); Rabel, Conflict of laws, vol. II, S. 284.

89 Cour d'appel de Colmar, 29. 5. 1934 — Clunet 1936, 626 und Kantongericht 's Gravenhage, 29. 4. 1963 — N.J. 1963 Nr. 238 wollen auch beim *prima facie*-Beweis die *lex causae* heranziehen. Die letzte Entscheidung führt hierzu aus: „O.dat echter deze op het oog zo eenvoudige regeling wordt gecompliceerd door de regels van het zgn. Anscheinsbewijs, dat niet in de Duitse wet ist vastgelegd doch door de praktijk op grond van ervaringsfeiten wordt gehanteerd, en waardoor de bewijslast kan worden omgedraaid, al hetwelk de toepassing door de buitenlandsche rechter er niet eenvoudiger op maakt.“ Für die Anwendung der *lex fori*: Rb Rotterdam, 21. 4. 1950 — N.J. 1951 Nr. 412 („O.dat mitsdien i.c. niet naar Duits recht of de daarvan door de Duitse rechtspraak gegeven uitlegging of toepassing het vermoeden van schuld bij de sleepboot kan worden aangenomen, weshalve eiseres niet haar onschuld, doch — gelijk zij heeft aangeboden — de door haar gestelde toedracht der aanvaring zal moeten bewijzen, alsmede dat de schade door haar geleden was ...“).

der Vermutungen und der Beweislast oft sehr schwer feststellbar ist. Das Pendel muß hier zugunsten der *lex causae* ausschlagen^{90, 91}.

Nur dann, wenn es ersichtlich allein um den Einfluß von Erfahrungssätzen geht, hat die Anwendung der *lex causae* keine Berechtigung mehr. Hier gilt dann: "... il n'y a pas de conflit de lois, tout au moins en ce qui concerne l'appréciation par le magistrat des faits que lui soumettent les plaideurs: souverain maître en la matière, le juge se décide suivant son intime conviction ..." ⁹².

II. Die Enthebung vom Beweis des Schadens

— Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO —

Ein für die Praxis des Schadensersatzrechts äußerst wichtiges Institut ist die Möglichkeit, daß das Gericht bei undurchsichtiger Beweislage den Schaden schätzen und nicht dessen vollen Nachweis verlangen kann. Dabei bezieht sich die Schadensschätzung nicht allein auf den Umfang des entstandenen, sondern auch auf den Umfang des zu ersetzenden Schadens⁹³. Eine derartige Befugnis steht den Gerichten nach fast allen Rechtsordnungen zu. Im einzelnen ergeben sich aber doch bisweilen recht erhebliche Unterschiede.

Das französische Recht und das mit ihm verwandte belgische und niederländische Recht ermächtigen den Richter hierzu nicht auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung. Es ist vielmehr ein durch lange Übung feststehender Satz, daß der Richter über derartige Fragen nach seinem „*pouvoir souverain*“ entscheiden kann⁹⁴.

Soweit andere Rechtsordnungen die Materie ausdrücklich geregelt haben, wird sie teils in die Prozeßgesetze — so in Deutschland: § 287 ZPO⁹⁵, Österreich: § 273 ZPO —, teils in die Zivilgesetzbücher — so in der Schweiz: Art. 42 Abs. 2 OR und Italien: Art. 2056 Abs. 1 c.c. i. V. m. Art. 1226 c.c. — verwiesen.

Schon diese äußerlichen Verschiedenheiten zeigen in gewissem Umfang die Unsicherheit über eine zutreffende systematische Einord-

90 Differenzierend Kosters-Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem 1962, S. 533.

91 Ein etwaiger Einwand, daß Erfahrungssätze keine Territorialität besäßen, ist nicht am Platze, einmal aus dem im Text genannten Grunde sowie deshalb, weil auch Erfahrungssätze von Land zu Land wechseln können.

92 Decottignies aaO S. 260.

93 Etwas anders ist die Lage im schweizerischen Recht, wie noch unten zu erörtern sein wird. Vgl. hierzu vor allem Glarner, *Die Schadensberechnung aus unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen*, Abh. zum schweizerischen Recht n.F. Heft 108, Bern 1935, S. 20 ff.

94 Vgl. Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2209 (S. 330).

95 Zu dieser Bestimmung vgl. jetzt J. Prölss, *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß*, Karlsruhe 1966, S. 47 ff.

nung des Instituts, obwohl damit natürlich noch nicht gesagt ist, daß die Materie entweder nur dem einen oder anderen Rechtsgebiet zugeordnet werden kann. Es ist ja durchaus möglich, daß es sich hier um ein Mischgebilde handeln kann, das verschiedene Elemente sowohl aus dem materiellen als auch dem prozessualen Bereich in sich birgt.

Welche systematische Stellung der Vorschrift des § 287 ZPO selbst zukommt, ist in der deutschen Literatur kaum behandelt worden⁹⁶. Die Frage ist deshalb nicht von vornherein von der Hand zu weisen, da sie eventuell für die kollisionsrechtliche Problematik insoweit von Einfluß sein kann, ob im konkreten Fall das anwendbare materielle Recht für die Bestimmung des Umfangs des Schadensersatzes heranzuziehen ist oder ob dafür allein nach der *lex fori*, als dem maßgebenden Prozeßrecht, zu entscheiden ist.

Die Frage nach dem Umfang des Schadensersatzes ist nämlich zugleich auch die nach seiner näheren Feststellung bzw. Schätzung. Beide gehen ineinander über und sind auch oft kaum voneinander zu trennen⁹⁷.

An sich ist die Frage nach dem Umfang des Schadensersatzes materiell-rechtlicher Natur; denn das materielle Recht bestimmt nicht nur, ob überhaupt ein Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens gegeben ist, sondern wie groß dieser Anspruch ist. Erst dadurch erhält der Anspruch konkrete Gestalt. In vielen Fällen läßt sich bereits beim Eintritt des schädigenden Ereignisses sagen, welchen Umfang der Anspruch hat. Es gibt aber auch zahlreiche Sachverhalte, in denen der Zeitfaktor eine erhebliche Rolle für die Größe des Schadensersatzanspruches spielt⁹⁸, was aber in diesem Abschnitt unberücksichtigt gelassen werden kann, weil § 287 ZPO erst mit Erlaß des Urteils Bedeutung erlangt, gemeinhin also den gesamten, für den Schadensersatzanspruch maßgebenden Zeitraum miteinbegreift.

Der Zweck des § 287 ZPO ist anerkanntermaßen der, dem Kläger eine Beweiserleichterung zu verschaffen, da gerade bei schwierigen Tatbeständen es oft unmöglich ist, einen Anspruch voll zu beweisen,

96 Nur Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP 76 (1890) 1 ff., und Zeiler, Der § 287 ZPO als ein Fall der „vermittelnden Entscheidung“, RheinZ 8 (1915/16) 313 ff. haben sich eingehender mit dieser Bestimmung auseinandergesetzt. Degenkolb aaO S. 87 hat als einziger das Problem angeschnitten, ob § 287 ZPO (früher: § 260 ZPO) materiell-rechtlichen Gehalt hat.

97 Im amerikanischen und englischen Recht wird das hier zur Diskussion stehende Problem meist unter dem Stichwort „measure of damages“ (oder assessment, quantification) abgehandelt. Es wird gewöhnlich darin eine Frage des Prozeßrechts gesehen, die demgemäß nach der *lex fori* beurteilt wird. Vgl. Goodrich, Handbook, S. 254 ff.; Stumberg, Conflict of laws, S. 152 ff.; Ehrenzweig, Conflict of laws, S. 551 ff.; Rabel, Conflict of laws, vol. II, S. 276 ff. — Hancock, Torts in the conflict of laws, S. 117, kritisiert die Rechtsprechung als Ergebnis einer „purely mechanical deduction from an oversimplified and erroneous general theory.“

98 Darüber bei Abschnitt III.

d. h. dem § 286 ZPO Genüge zu leisten⁹⁹. Dies gilt auch für die verwandten Vorschriften des ausländischen Rechts. Sie alle tragen dieser Schwierigkeit Rechnung. Würde man stets vollen Beweis der eingeklagten Forderung verlangen, so liefe dies in zahlreichen Fällen auf eine Rechtsverweigerung hinaus; denn z. B. auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs, beim Immaterialgüterrecht sowie generell beim immateriellen Schaden ist ohne Taxierung der Schadensgröße und des Schadensersatzes schlechthin nicht auszukommen. Die „Individualisierung“ des Schadens bzw. Schadensersatzes erfolgt hier durch das Gericht¹⁰⁰.

Die von § 287 ZPO gewährte Beweiserleichterung hat indes nicht allein Auswirkungen auf dem Gebiet des Beweisrechts, das gemeinhin zum Prozeßrecht gezählt wird¹⁰¹, sondern auch in materiell-rechtlicher Hinsicht. Durch sie wird es erst möglich, eine Reihe von oben genannten Ansprüchen „justiziabel“ zu machen. Vielleicht ist dies mit ein Grund, weshalb in manchen Rechten die Zivilgesetzbücher dieses Institut regeln¹⁰².

Prozessual bleibt es allerdings bei der Behauptungslast des Klägers; er hat die Tatsachen vorzutragen, auf die er sein Begehren stützt. Eine Beweislast trifft ihn aber bei der Anwendung des § 287 ZPO nicht, sonst könnte man ja gar nicht von einer Beweiserleichterung sprechen. Es liegt vielmehr in der Hand des Gerichts, ob es auch die tatsächlichen Voraussetzungen für die Zusprechung eines Schadensersatzes als vorhanden annehmen will oder nicht, nachdem im Rahmen des § 286 ZPO die Prüfung der tatsächlichen Seite zu keinem (für den Kläger) positiven Ergebnis gekommen ist.

Nach der Rechtsprechung¹⁰³ ist, entgegen dem Wortlaut des § 287 ZPO, diese Bestimmung auch in der Frage anwendbar, ob zwischen dem schädigenden Ereignis und dem entstandenen Schaden ein Kau-

99 Kriterium: Bewiesen ist eine Tatsache dann, wenn sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Beweispflichtigen dargetan worden ist.

100 Degenkolb aaO S. 87 stellt dieser die Individualisierung durch das Gesetz gegenüber.

101 Im romanischen Rechtskreis wird das „materielle“ Beweisrecht meist auch als materielles Recht angesehen, wohl aus dem Grund, weil es in den Zivilgesetzbüchern enthalten ist.

102 Art. 42 Abs. 2 OR, Art. 2056 Abs. 1, 1226 c.c. —

In Abs. 1 des Art. 42 OR selbst ist die Rede vom Beweis des Schadens. Er ist also eine spezielle Ausprägung des Art. 8 ZGB, der eine allgemeine Beweislastnorm aufstellt. Auch wenn man diese Bestimmungen zum Beweisrecht und damit zum Prozeßrecht rechnen will, so ist der schweizerische Bundesgesetzgeber doch davon ausgegangen, daß diese Frage besser einheitlich als Bundesrecht geregelt werden soll, um auf diese Weise den etwa störenden Einfluß der kantonalen Prozeßgesetze auszuschließen. Vgl. hierzu Rennefahrt, Das „Urteil nach freiem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände“ nach Bundesrecht und die kantonalen Prozeßgesetze, SchwJZ 2 (1905) 133 ff.; ferner Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 (1961 II) 59 f.

103 RGZ 168, 48 und öfter.

salzusammenhang besteht. Damit geht der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift wesentlich über den der anderen, ausländischen Bestimmungen hinaus, da sich letztere meist nur auf die Taxierung der Größe des Schadensersatzes beziehen. Es können sich daher in besonderen Fällen Unterschiede einstellen.

Durch die verschiedenen, oben angedeuteten materiell-rechtlichen Einflüsse ¹⁰⁴, die von § 287 ZPO ausgehen, ist es nicht ganz einfach, die dem Richter durch diese Vorschrift in die Hand gegebene Befugnis nur dem Prozeßrecht zuzuweisen, was für das Kollisionsrecht heißen würde, daß die lex fori anzuwenden ist. Weiterhin ist fraglich, ob die Schadensschätzung allein als eine Unterart der Beweiswürdigung anzusehen ist oder ob sie dem Richter die Befugnis zu einer Ermessensentscheidung verleiht.

Sowohl das deutsche wie das österreichische Recht bringen die Regelung der Schadensschätzung unmittelbar im Anschluß an die Bestimmung über die freie Beweiswürdigung (§ 286 dZPO, § 272 öZPO). Daraus ist zu entnehmen, daß der jeweilige Gesetzgeber dieses Institut als eine Unterfrage der Beweiswürdigung ansehen wollte. Allein die Stellung der Norm kann über ihren wahren Inhalt noch nichts Endgültiges aussagen, sie bildet allenfalls ein gewisses Indiz dafür.

Die Schadensschätzung kommt erst dann zum Zuge, wenn die Beweiswürdigung zu keinem Ziele führt; letztere geht ihr also — logisch gesehen — voraus. Sie ist Voraussetzung für die Schadensschätzung. Die Schadensschätzung ist aber selbst keine Frage der Beweiswürdigung mehr, sondern ist zum Bereich des richterlichen Ermessens zu zählen ^{105, 106, 107}; denn eine feste Überzeugung im Sinne von § 286 ZPO zu gewinnen, ist für den Richter ja gerade nicht mehr erforderlich und möglich ¹⁰⁸. Um aber den Anspruch trotzdem nicht abweisen zu

104 Durch die gerichtliche Schadensschätzung kann natürlich der Fall eintreten, daß wegen mangelnder Erkenntnismöglichkeit dem Kläger mehr zugesprochen wird, als ihm an sich zustehen würde (oder umgekehrt).

105 Ebenso Fasching, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Wien 1963, § 273 ZPO Anm. 1.

106 A.A. für die Schweiz: Becker im Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bern 1941, Bd. VI, Art. 42 OR Anm. III, der die Seite der Beweiswürdigung für entscheidend hält und daher Art. 4 ZGB, welcher eine allgemeine Regel für das richterliche Ermessen enthält, nicht für anwendbar erklärt.

107 Außer im deutschen Recht ist dieses richterliche Ermessen stets auf die Rechtsfolgeseite beschränkt; denn nur die Höhe des Schadens wird der richterlichen Ermessensentscheidung überlassen, nicht aber ob ein schadenstiftender Tatbestand vorliegt.

108 Zeiler aaO S. 322 hat dies treffend umschrieben: „Es liegt in Wirklichkeit nichts anderes vor, als ein ganz willkürlicher Griff in die Reihe von Möglichkeiten, wobei der Richter für die Wahl gerade dieses Zeitpunkts und demnach gerade dieser Schadenshöhe um kein bißchen mehr Anhaltspunkte hat als für die Wahl eines beliebigen anderen zwischen den möglichen Höchst- und Mindestmaßen des Schadens.“ — Zeiler sieht in § 287 ZPO eine Ermächtigung zu „vermittelnder Entscheidung“ (aaO S. 323).

müssen, hat der Gesetzgeber dem Richter erlaubt, nach seinem Gutdünken zu entscheiden¹⁰⁹. Es spielt demnach das Element der Billigkeit eine wesentliche Rolle¹¹⁰.

Statt dem meist im Schadensersatzrecht verfolgten „Alles-oder-Nichts“-Prinzip wird hier, um mit Zeiler zu sprechen, eine „vermittelnde Entscheidung“ zugelassen.

Bei den in diesem Abschnitt erwähnten Rechten verleiht einmal eine Norm des Zivilgesetzbuches und zum anderen eine solche der Prozeßordnung dem Richter die Befugnis zu einer mehr oder weniger freien Entscheidung. Man könnte freilich behaupten, daß allein das Prozeßrecht in der Lage sei, dem Richter irgendeine Befugnis einzuräumen bzw. ihm Anweisungen zu geben, wie er zu entscheiden habe¹¹¹. Die entsprechenden ausländischen Vorschriften seien daher so zu verstehen, daß sie jeweils nur ihren eigenen Richter im Auge haben, nicht aber einen anderen. So einfach scheint uns dies indessen nicht zu sein. Es ist durchaus möglich, daß ein ausländisches Recht, das auf Grund der *lex fori*-Kollisionsnormen zur Entscheidung in der Sache berufen ist, auch Anweisungen an den Richter der *lex fori* geben kann. Diese Anweisungen hat der Richter der *lex fori* zu befolgen; letzten Endes weist ihn dazu ja seine eigene Kollisionsnorm an, da sie das fremde Recht für anwendbar erklärt. Der inländische Richter wird hier eben an Stelle des Richters der *lex causae* tätig. Da die Normen des Zivilrechts an sich auch Entscheidungsnormen sind, gilt also bei der Anwendung fremden Rechts die Feststellung, daß der inländische Richter durch die Verweisung der Kollisionsnormen der *lex fori* zum Normadressaten¹¹² des ausländischen Rechts wird, ohne daß es nun speziell darauf ankommt, ob das betreffende ausländische Recht

109 Ein anderer Fall ist das Urteil secondo equità des Art. 114 codice di procedura civile, das nur auf Antrag der Parteien ergeht. Für den Richter entfällt hier jegliche international-privatrechtliche Frage, da die Parteien ihm die Befugnis eingeräumt haben, vollständig nach Billigkeit zu entscheiden. Das Urteil secondo equità ist in der italienischen Praxis ohne große Bedeutung, vor allem weil beide Parteien den Antrag stellen müssen.

110 So hat denn auch Degenkolb aaO S. 87 dieses Verfahren zum Billigkeitsrecht gerechnet. — Art. 1226 c.c. spricht von „*valutazione equitativa*“. De Cupis, Il danno, S. 247 betont ausdrücklich, daß die *valutazione equitativa* ein besonderes, vom Beweis zu unterscheidendes Institut sei. Vgl. dazu noch Cernelutti, *Valutazione equitativa del danno*, Riv. dir. proc. 1942 I 53, 54.

111 Treffend Neumeyer, IVerwR III 2, S. 167 Anm. 41 (allerdings in anderem Zusammenhang): „Es ist hier nicht von der allgemeinen Rechtsstellung des Richters die Rede, die unter der *lex fori* stünde, sondern von einer Ermächtigung, die für bestimmte Tatbestände durch besondere Rechtssätze des Privatrechts ausgesprochen wird und deshalb von der *lex causae* gewährt sein muß.“

112 Über den Normadressaten im IPR: Binder, Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung, Abh. der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 5, Leipzig 1927, S. 75-78.

noch Normen enthält, die dem Richter einen besonders weiten Spielraum zugestehen.

Bei der Untersuchung der Beweislast wurde festgestellt, daß diese, faßt man sie nun als Institut des Prozeßrechts oder des materiellen Rechts auf, stets der *lex causae* zu entnehmen ist. Hier entscheidet also im Falle der Beweislosigkeit die *lex causae* und nicht die *lex fori*. Wie bei der Schadensschätzung liegt also die Voraussetzung zu einer derartigen Entscheidung gleichfalls auf beweisrechtlichem Gebiet. Daher ist es nicht ausgeschlossen, im umgekehrten Fall, nämlich der Beweiserleichterung, in gleicher Weise zu verfahren. Ausschlaggebend muß auch hier sein, daß die Schadensschätzung im Ergebnis der Anspruchsverwirklichung dient, und zwar der erleichterten Durchsetzung. Es ist schon festgestellt worden, daß die richterliche Entscheidung¹¹³ in erheblichem Umfang den Schadensersatzanspruch „konstituiert“. Freilich ist es nicht schlechthin unmöglich, daß in Fällen mit Auslandsbeziehung die *lex fori* gewisse materielle Ansprüche überhaupt erst schafft. Das bekannte Problem der Angleichung bietet hierfür zahlreiche Beispiele. Die Sachlage ist aber insofern eine andere, als die Angleichung Spannungen zwischen mehreren zur Anwendung berufenen Rechten ausgleichen soll. Ein solcher Widerstreit besteht bei der Bestimmung des Schadensersatzanspruchs nicht, denn die Rechtswahl ist in diesem Stadium bereits durchgeführt. Kein Richter gerät mehr in ein Spannungsfeld zweier oder mehrerer heteronomer Rechtsbefehle.

Es bestehen daher keine theoretischen Bedenken, die freie Schadensbemessung ebenfalls nach der *lex causae* durchzuführen. Sie bietet an sich die beste Verwirklichungsmöglichkeit des durch sie gewährten Anspruchs¹¹⁴. So gut die bisher angestellten Überlegungen eine dem Kollisionsrecht angemessene Lösung ermöglichen, so groß dürfte der Widerstand der Praxis sein, diesem Verfahren zu folgen. Für die französische Praxis dürfte es wohl unvorstellbar sein, den „*pouvoir souverain d'appréciation*“ einer ausländischen Rechtsnorm hintanzustellen. Die Berufung auf den *ordre public* würde das ganze Problem aus dem Wege räumen. In ähnlicher Weise könnten die Gerichte

113 Riezler, IZPR, S. 466, sieht das Problem nur im Zusammenhang mit der Beweisführung und gibt daher der *lex fori* die Befugnis, den Schaden nach den eigenen Vorschriften zu schätzen. Auch mit dem *prima facie*-Beweis sei eine Verbindung gegeben (aaO S. 467). Die Entscheidungen des RG, die nach Riezler § 287 ZPO als *lex fori* anwenden sollen, betreffen samt und sonders überhaupt keine Auslandssachverhalte, sondern handeln allein von inländischen Vorgängen!

114 Auch Niederländer aaO S. 33, 51 setzt sich dafür ein, die Schadensbemessung nach der *lex causae* vorzunehmen, da nur sie dem wirklichen Anspruch „zu seinem Recht“ ver helfe. Desgleichen Schnorr von Carolsfeld, Anm. zu AP § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz Nr. 16, der § 287 ZPO als rein materiell-rechtliche Vorschrift ansieht. Vgl. ferner Birk, FamRZ 1967, 313.

anderer Länder vorgehen, indem sie diese Institution in vollem Umfang einfach zum Prozeßrecht rechnen und damit gleichfalls zur Anwendung der eigenen Rechtsordnung kommen würden.

Da indes die Unterschiede, soweit die Rechtsordnungen die Ermessensentscheidung für die zum Gegenstand der Betrachtung gemachten Sachverhalte kennen, nicht besonders bedeutend sind, ist die praktische Auswirkung der Anwendung der *lex fori* nicht so groß als sie sich bloß bei rein theoretischer Betrachtung darstellt. Der weite Anwendungsbereich des § 287 ZPO kann allerdings die Inanspruchnahme von solchen Schuldnern erleichtern, deren Schuld sich nach einer anderen Rechtsordnung als der *lex fori* richtet, weil die Rechtsprechung schon den Nachweis der Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Schaden in diese Vorschrift miteinbezieht und insoweit von der normalen Beweislast abgeht, die nach ausländischem Recht zu beurteilen wäre. Das deutsche Recht erleichtert hier etwas, wozu nach der *lex causae* keine Veranlassung besteht. Sollte in dieser Hinsicht über einen sich aus einem Auslandssachverhalt ergebenden Schadensersatzanspruch gemäß § 287 ZPO entschieden werden, so wäre § 287 ZPO restriktiv zu interpretieren.

III. Der für die Schadensberechnung maßgebende Zeitpunkt

Wenn der aus einer unerlaubten Handlung Geschädigte den Prozeßweg zur Durchsetzung seines Anspruchs beschreitet, so ist er nicht nur daran interessiert, daß ihm überhaupt der Schaden ersetzt wird, z. B. Sachschaden, Körperschaden oder entgangener Gewinn, sondern ihm liegt unter Umständen ferner daran, welcher Zeitdimension dieser Anspruch unterliegt, für welchen Zeitraum er seinen Schaden geltend machen kann; oder wenn man die Frage aus der Sicht des Richters betrachtet: welches ist der für die Schadensberechnung maßgebende Zeitpunkt? Leitgedanke jeglicher Schadensberechnung und jeden Schadensersatzes ist die *restitutio in integrum*.

Diese hängt weitgehend von der tatsächlichen Ausgestaltung des Schadens ab. Wird etwa eine Sache beschädigt und wieder gleich repariert, ohne daß irgendwelche Wertänderungen eintreten, oder wird eine gleichwertige ersetzt, so ist der Schaden ein übersehbares Ganzes; er ist abgeschlossen und zieht keine weiteren Folgeschäden mehr nach sich. Man sieht, daß in einem solchen Fall die Zeitdimension keine besonders wichtige Rolle spielt, und es wird niemand die Behauptung aufstellen, der Schaden sei hier nach einem späteren Zeitpunkt zu berechnen¹¹⁵.

Anders ist die Sachlage dann, wenn mit der schädigenden Handlung der Schaden nur teilweise feststeht, der Schaden also weiterwirkt und daher in seinem ganzen Ausmaß noch nicht übersehen werden kann.

¹¹⁵ Vgl. Esser, *SchR*, S. 173 (unten).

Hier gewinnt die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für die Schadensberechnung ihre Bedeutung. Der Zeitpunkt der Schadensberechnung hat daher eine große Reichweite; er wird für die Höhe des Ersatzanspruches ausschlaggebend, gleichgültig, ob die Veränderungen in dem maßgebenden Zeitraum den Schaden vergrößern oder vermindern¹¹⁶. Bei Fällen mit Auslandsberührung kann es daher wichtig sein, ob man den Zeitpunkt für die Berechnung des Schadens der *lex causae* oder der *lex fori* entnimmt, weil ja die Größe des Anspruchs durch den Faktor Zeit bei noch nicht zum Abschluß gelangten Schäden entscheidend beeinflußt wird.

Es ist daher empfehlenswert, zunächst einmal an Hand von einigen, lediglich als Beispiele gemeinten Rechtsordnungen der Frage nachzugehen. Im deutschen Recht ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, auf die das Urteil ergeht, der für die Berechnung des materiellen Schadens ausschlaggebende Zeitpunkt¹¹⁷, es hat also den letzten möglichen Zeitpunkt aus der Skala Verletzung — Schadenseintritt — letzte mündliche Tatsachenverhandlung (bzw. Urteil) gewählt. Bei schon abgeschlossenen Schäden erfolgt die Berechnung zu dem Zeitpunkt, in dem der Schaden zum Abschluß kam¹¹⁸. Ausschlaggebend für die Annahme eines angemessenen Berechnungszeitpunktes muß — von allen mehr oder weniger gefestigten Regeln abgesehen — der Gedanke einer gerechten Risikoverteilung sein. Dem trägt auch § 287 ZPO Rechnung, von dem im vorigen Abschnitt die Rede war; denn er erlaubt gegebenenfalls von der Regel abzuweichen, wenn deren Anwendung nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt. Welche Bedeutung dem Zeitpunkt der Schadensberechnung in währungsrechtlicher Hinsicht zukommt, kann hier nicht näher ausgeführt werden. Jedoch ist zu bemerken, daß z. B. die Frage von Preisschwankungen selbst damit nicht vermengt werden darf. Es kann der Preis einer Sache entweder aus Gründen einer einsetzenden Nachfragesteigerung steigen oder weil das Geld in seinem Wert

116 Die zu treffenden Feststellungen sind in erster Linie für die Berechnung des materiellen Schadens gemeint. Ob für die Berechnung des immateriellen Schadens die gleichen Grundsätze heranzuziehen sind, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Sie richtet sich weitgehend danach, ob ein derartiger Schaden überhaupt der Berechnung zugänglich ist (Esser aaO S. 174: „Völlig außerhalb exakter Berechnungen liegt der Ausgleich des Nichtvermögensschadens.“) — eine Frage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann. Erinnert sei nur daran, ob man etwa berücksichtigen will, daß Kummer und Schmerz seit Eintritt des Schadensereignisses etwa bis zum Urteil „abgenommen“ haben. Es ist eine wohl schwer vollziehbare Vorstellung, daß der Schädiger, der doch den Kummer und Schmerz dem Geschädigten zugefügt hat, hieraus noch profitieren soll, nur deshalb, weil sich der Prozeß hinauszieht.

117 Larenz, SchR I, S. 168; Esser aaO S. 179, 173; zusammenfassend RGZ 142, 11.

118 Auf das viel diskutierte Problem der hypothetischen Schadensverursachung oder „überholenden“ Kausalität kann hier nicht eingegangen werden. Dabei handelt es sich weniger um eine Frage der Kausalität als vielmehr der Schadensberechnung.

gesunken ist. Auf beide Fälle lassen sich die aufgezeigten Regeln anwenden. Es dreht sich hier nicht um eine Aufwertung, sondern um eine Umwertung (keine Umrechnung!) ¹¹⁹ des entstandenen Schadens, die darin besteht, den Schaden nach dem nunmehrigen Geldwert zu berechnen ¹²⁰. Die Schwankungen im Geldwert selbst betreffen ja nicht den Schaden als solchen, sondern nur seine Bewertung, auf sie hat der Geldwert natürlich Einfluß. Die Veränderungen liegen daher nicht im Schaden, sondern in dessen Berechnungsmittel, sie sind also une modification extrinsèque au dommage ¹²¹.

Im großen und ganzen gelten die gleichen Grundsätze auch im schweizerischen Recht.

Das französische Recht kennt gleichfalls keine eigene Vorschrift, die den Zeitfaktor bei der Schadensberechnung berücksichtigt. Im übrigen hat der C.c. in Art. 1146 ff. auch nur den Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Verträgen behandelt und enthält für die unerlaubten Handlungen keine ausdrücklichen Bestimmungen. Man geht jedoch davon aus, daß der Tag der Urteilsfällung ¹²² als entscheidender Zeitpunkt zu betrachten ist. Sowohl Änderungen, die den Schaden selbst betreffen (modifications intrinsèques) als auch solche, die sich nur auf seine Bewertung beziehen (modification extrinsèques), werden berücksichtigt ¹²³.

Das italienische Recht gibt keine einhellige Antwort auf unsere Frage. Einige ältere Entscheidungen ¹²⁴ halten den Zeitpunkt des Delikts für maßgebend ¹²⁵, während die neuere Literatur ¹²⁶ z. T. den Zeitpunkt des Urteils als wesentlich ansieht ¹²⁷. Andere Entscheidungen scheinen ebenfalls auf den Erlaß des Urteils abzustellen ¹²⁸, ¹²⁹.

119 Vgl. Mann, *Recht des Geldes*, S. 86.

120 Die ganze Problematik tauchte bei der Währungsreform von 1948 wieder auf. Es ging hierbei darum, ob umzustellen oder umzurechnen war.

121 Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2420 (S. 560).

122 Planiol-Ripert (Esmein) vol. VI Nr. 681 (S. 963): au jour de la décision des juges du fond de première instance ou d'appel; Savatier, *Traité de la resp. civile*, vol. II Nr. 602 (S. 178); Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2417 (S. 557), 2425 (S. 560 ff.).

123 Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2411-2 ff. (S. 552 ff.) und Nr. 2420 ff. (S. 560 ff.).

124 So z. B. Cass. civ., 7. 3. 1924 — *Giur. It.* 1924 I 431, 432. („Trattandosi di delitto o di quasi-delitto la riparazione deve riferirsi al momento in cui il delitto avviene.“).

125 Unklar bleibt dabei, ob der Schadenseintritt gemeint ist.

126 Ascarelli, *Währungsrechtliche Fragen in der italienischen Rechtsprechung*, *RabelsZ* 2 (1928) 793 (802); De Cupis, *Fatti illeciti*, S. 357; ders., *Il danno*, S. 158; Tedeschi, *Il danno e il momento della sua determinazione*, *Riv. dir. priv.* 1933 I 254 ff.; Gaeta, *Sul momento cui va riferita la valutazione del danno da risarcire*, *Giur. It.* 1945 I 2, 108.

127 Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9. A., Milano 1958, vol. V, S. 632, will freilich den Zeitpunkt der schädigenden Handlung berücksichtigen.

128 *Z.B. Cass. civ.*, 28. 2. 1934 — *Mass. Giur. It.* 1934, col. 110 (Nr. 621).

129 Die von Heldrich, *Die allgemeinen Grundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, S. 133, aufgestellte Behauptung findet keine Stütze in der Rechtsprechung.

Diese Uneinigkeit bezieht sich indes auf die bloße Schadensberechnung, d. h. nur auf solche Faktoren, die dem Schaden inhaerent sind, nicht jedoch auf Veränderungen, die durch den Geldwert bedingt sind. Zwischen beiden wird streng geschieden. Hinsichtlich der letzteren werden gleichfalls verschiedene Meinungen in Rechtsprechung und Lehre vertreten¹³⁰, so daß von einem gesicherten Meinungsstand nicht gesprochen werden kann, wenn auch die Mehrheit der Schriftsteller sich für den Zeitpunkt der Urteilsfällung einsetzt. In jüngster Zeit hat die Corte di cassazione in zwei Urteilen¹³¹ auf den Zeitpunkt des Urteils abgestellt. Damit kann wohl heute für das italienische Recht die Folgerung gezogen werden, daß zumindest die Rechtsprechung auf den Zeitpunkt des Urteils abstellt.

Für das englische Recht ist die Antwort gleichfalls nicht so leicht zu geben. Eine gefestigte Rechtsprechung liegt nicht vor. Im allgemeinen tendiert diese dahin, den Zeitpunkt der Entstehung des Ersatzanspruches als maßgebend zu betrachten¹³². Während die Entscheidungen zur Frage von Wertveränderungen relativ zahlreich sind, findet man fast keine Urteile, die sich allein der Frage der zeitlichen Begrenzung der Schadensberechnung widmen. In Entscheidungen aus jüngerer Zeit, die sich über die wertmäßigen Veränderungen aussprechen, wird der Erlaß des Urteils zugrunde gelegt¹³³, es werden also auch solche Wertveränderungen berücksichtigt, die sich nach Eintritt des Schadensereignisses eingestellt haben¹³⁴,¹³⁵. Was aber allein die Berechnung des Schadens unabhängig von jedweden Wertfaktoren betrifft, so wird man trotz des Fehlens einer einheitlichen Rechtspre-

130 S. die Nachweise bei De Cupis, *Il danno*, S. 183 Anm. 60 und 61.

131 *Cas.*, 25. 10. 1956 — *Mass. Giur. It.* 1956 Nr. 3921; 4. 4. 1959 — *Mass. Giur. It.* 1959 Nr. 1006.

132 S. Mann, *Legal Aspect*, S. 95 ff.

133 *Rosenthal v. Alderton & Sons Ltd.* (1946) 1 All E.R. 583, 584 (C.A.) per Evershed, J.; *Munro v. Willmott* (1949) 2 All E.R. 983, 986 per Lynskey, J.; *Sachs v. Miklos* (1948) 1 All E.R. 67, 69 (C.A.) per Lord Goddard, C.J.

134 Gegen eine solche Berücksichtigung hat sich allerdings jüngst Denning, L.J. in *Philips v. Ward* (1956) 1 All E.R. 874, 876 (C.A.) ausgesprochen. Klipp und klar sagt er aaO: „The general principle of English law is that damages must be assessed as at the date when the damage occurs, which is usually the same day as the cause of action arises, but may be later. A fall thereafter in the value of money does not in law affect the figure, for the simple reason that the sterling is taken to be constant in value.“ Schon in *Beaman v. A.R.T.S. Ltd.* (1948) 2 All E. R. 89, 93 als Richter der King's Bench Division hatte Denning auf den Zeitpunkt des Entstehens des Schadensersatzanspruches abgestellt (the date of the accrual of the cause of action). Die gleiche Ansicht vertritt Hodson, J. in *Bishop v. Cunard White Star, Ltd.* (1950) 2 All E.R. 22, 25 („... the time of accident, when the damage crystalized, ...“).

135 Bezeichnenderweise meinte Lord Finlay in seiner dissenting opinion zu der bekannten Chorzow-Entscheidung des StIGH aus dem Jahre 1928, daß bei der Berechnung des Schadensersatzes auf den Zeitpunkt der Verletzung abgestellt werden müsse (Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, hersg. von dem Institut für Internationales Recht in Kiel, Leiden, Bd. 6 (1928), S. 246, 247).

chung davon ausgehen müssen, daß bei der Berechnung auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts abzustellen ist¹³⁶, wenn auch bei Schäden aus Körperverletzungen (personal injury) und Tötung von jeher die Entwicklung des Schadens nach dessen erster Verwirklichung mit in die Beurteilung einbezogen wurde^{137, 138}.

Die Regel des „amerikanischen“ Rechts ist von der des englischen etwas verschieden. Sie ist praktisch die gleiche wie im deutschen Recht. Maßgebender Zeitpunkt ist also das Urteil. Jeder Schaden, der von einer vor Rechtshängigkeit der Klage begangenen unerlaubten Handlung (tort) herrührt, kann bis zum Ende der letztmöglichen Verhandlung (trial) noch im Urteil berücksichtigt werden¹³⁹, auch wenn er erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist. Für Wertveränderungen gilt diese Feststellung jedoch nicht. Ist z. B. der Wert eines Gutes nach dem Eintritt des Schadens gestiegen, so gibt es Entscheidungen, die diese nachträglichen Wertveränderungen nicht berücksichtigen und solche, die den höchsten Wert, der im Zeitraum bis zum Urteil erreichbar war, zusprechen. Wieder eine andere Meinung in der Rechtsprechung geht von letzterer Annahme aus, schränkt diese aber insoweit ein, als nur dann dieser Wert ersetzt wird, wenn innerhalb einer „reasonable time“ nicht nach gleichwertigen Gütern Ausschau gehalten wird¹⁴⁰. Diese Auffassung ist im Vordringen begriffen¹⁴¹.

Dieser kurze Blick auf einige Rechtsordnungen zeigt uns, daß sich nicht bei allen, die herangezogen worden sind, die gleiche Einstellung

136 Lord Denning (vgl. Anm. 134) spricht immerhin von einem „general principle of English law“.

137 Du Parq, L.J. hat dies in *Williamson v. John J. Thornycroft & Co, Ltd.* (1940) 4 All E.R. 61, 63 (C.A.) in folgende plastischen Worte gefaßt: „In one sense, it may be true to say that the moment at which one fixes the damages, whether in an ordinary case of tort or in a case under Lord Campbell's Act, is the moment of the death. However, that does not mean that one should shut one's eyes to everything which has happened act subsequently.“

Über das Problem des continuing tort (etwa nuisance und trespass) und die Schadensbemessung bei diesem einzugehen, liegt außerhalb des Ziels dieser Arbeit. Hinsichtlich des Schadensersatzes vgl. R.S.C. Ord. 36 B r. 7 (vor 1955: Ord. 36 r. 58). Kommentierungen finden sich im *Annual Practice*.

138 Das ist natürlich mutatis mutandis zu verstehen. Von einem „general common law“ der USA, wie es noch Story in *Swift v. Tyson* angenommen hatte, kann seit *Erie v. Tompkins* nicht mehr ausgegangen werden.

139 McCormick, *Handbook on the law of damages*, St. Paul/Minn. 1935, S. 48. Er nennt Entscheidungen aus den Staaten Connecticut, Massachusetts, New York, Ohio und Wisconsin.

140 Die letztere Auffassung teilt auch McCormick aaO S. 184. Eine Zusammenstellung der Praxis der einzelnen Staaten, was die Berücksichtigung von Wertveränderungen betrifft, findet sich bei McCormick aaO S. 189 Anm. 131 (durchlaufend bis S. 197).

141 McCormick aaO S. 184.

zu dem hier zu behandelnden Problem findet. Nur zwischen dem deutschen und dem französischen Recht besteht Übereinstimmung, sonst aber differieren die einzelnen Rechte untereinander z. T. sogar erheblich. Die Wirkungen derartiger Verschiedenheiten spielen sich indes nicht bloß im prozessualen Bereich ab, sondern beeinflussen entscheidend den Umfang des Anspruchs, der ja ein konstitutives Element desselben ist. Dem Schadensersatzprozeß kommt in erster Linie die Funktion zu, Ungewißheit in Gewißheit zu verwandeln, und zwar im Hinblick auf den Umfang der Haftung, die sich in einer Geldsumme ausdrückt. Das Urteil zieht hier einen vorläufigen oder endgültigen Schlußstrich¹⁴². Es wirkt aber beim Schadensersatzprozeß nicht nur als prozessualer, sondern auch als materiell-rechtlicher Fixierungspunkt; letzteres eben deshalb, weil der vom ersten Schadenseintritt an laufende Schaden durch das Urteil des Gerichts quantitativ bestimmt wird, soweit z. Z. des Urteils der Schaden weiterwirkt¹⁴³.

Das RG freilich glaubte in einem Urteil vom 6. 10. 1933¹⁴⁴, daß die Regel, den Zeitpunkt des Urteils (genauer: der letzten mündlichen Verhandlung) der Schadensberechnung zugrunde zu legen, lediglich dem Verfahrensrecht angehöre. Dies ist jedoch nur bedingt richtig; richtig insoweit, als der Richter alle Tatsachen, die ihm bis zu diesem Zeitpunkt unterbreitet werden, zu berücksichtigen hat. Daraus ergibt sich indes aber noch nicht, welche Konsequenzen aus diesen zu ziehen sind; diese Frage kann aber nicht dem prozessualen Recht zugerechnet werden. Für den entgangenen Gewinn, fährt dann das RG in der genannten Entscheidung fort¹⁴⁵, könne der Zeitpunkt für die Frage des Wertersatzes (richtigerweise) auch früher liegen, wenn der Nachweis gelänge, daß in einem Zeitpunkt zwischen schädigender Handlung bzw. Schadenseintritt und Urteil der Wert höher sein könne. Hier gehe es in Wahrheit um entgangenen Gewinn und daher um die dem materiellen Recht unterstehende Frage der Kausalität. Das Problem, in welchem Zeitpunkt die Höhe des entgangenen Gewinnes festzusetzen ist, hat aber entgegen der Auffassung des RG mit der Kausalität nichts zu tun, sondern ist eine reine Angelegenheit der Schadensberechnung¹⁴⁶. Es steht ja nämlich schon von vornherein fest, daß entgan-

142 Dies hängt jeweils davon ab, wie Dauerschäden behandelt werden. Nach deutschem Recht können ja u. U. spätere Änderungen zu einer Abänderung des früheren Urteils führen (§ 323 ZPO). Über die internationalrechtliche Seite dieses Problems vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschr. f. Lent, S. 259-262.

143 Die Frage der Kausalität darf nicht mit der der Schadensberechnung durcheinandergbracht werden.

144 RGZ 142, 8 (auch 11); RGZ 142, 8 (12).

145 Das gleiche trifft ja auch für die sog. überholende Kausalität zu.

146 Auch Lent, Welcher Zeitpunkt ist für die Bemessung des Schadensersatzes maßgebend? DJ 1941, 770 (771), ist der Ansicht, daß es sich hierbei um eine materiell-rechtliche Frage handelt.

gener Gewinn zu ersetzen ist, es muß nur noch dessen Höhe festgesetzt werden, was aber mit der Problematik der Verursachung direkt nichts gemein hat.

Auf jeden Fall ist festzustellen, daß der Zeitpunkt der Schadensberechnung — schon vom Ergebnis her gesehen — einen gewichtigen Einfluß auf den Schadensersatzanspruch hat; denn er bestimmt weitgehend dessen Höhe. Ist nun, wenn die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung in Rede steht, nach den Regeln der *lex fori* zu verfahren?

Im allgemeinen wird sowohl in der Rechtsprechung wie in der Literatur¹⁴⁷ pauschal gesagt, daß sich die Höhe des Schadensersatzanspruches wie auch dessen Voraussetzungen nach der *lex loci* richten. Lediglich im anglo-amerikanischen Recht wird die Schadensfeststellung (*measure of damages*) als eine prozessuale Frage der *lex fori* unterstellt¹⁴⁸.

Wie weit aber im Einzelfall sich die Praxis daran hält, läßt sich leider aus den Entscheidungen nicht entnehmen. Soweit sie auf internationalrechtliche Probleme Bezug nehmen, beschäftigen sie sich ausschließlich damit, wie dieses oder jenes Verhältnis anzuknüpfen ist; ob evtl. die Rechtsfolge ebenfalls gesondert angeknüpft werden kann bzw. muß, darüber erfährt man nichts.

Da die Höhe ein wesentlicher Faktor des Anspruches — für den Ersatzberechtigten der ausschlaggebende — ist, ist es angemessen, die Bemessung der Haftungsfolgen nach dem Recht vorzunehmen, das auch für die Haftungsvoraussetzungen Anwendung findet¹⁴⁹, bei Delikten also nach dem Recht des Begehungsortes. Knüpft man alternativ an den Handlungs- oder Erfolgsort an, bzw. überläßt man dem Kläger die Wahl des günstigsten Rechts, so könnte seine Wahl auch auf Grund des zu berücksichtigenden Zeitraums beeinflusst werden¹⁵⁰. Art. 12 EGBGB tritt hier nicht in Aktion, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die deutsche *lex fori* ohnehin den spätest möglichen Zeitpunkt für maßgebend erachtet.

147 Statt aller Kegel, IPR, S. 246.

148 *England*: Dicey-Morris, *Conflict of laws*, S. 1090 ff.; Wolff, *PIL*, S. 242 ff.; Cheshire, *PIL*, S. 701 ff.; Graveson, *Conflict of laws*, S. 404 ff.

Unter dem Einfluß von Cheshire sind jedoch in jüngerer Zeit einige Entscheidungen ergangen, die zwischen remoteness und quantum of damages unterscheiden, wobei die Ermittlung der Schadenshöhe aber nach wie vor der *lex fori* vorbehalten bleibt.

USA: Goodrich, *Conflict of laws*, S. 254 ff.; Stumberg, *Conflict of laws*, S. 152 ff.; Ehrenzweig, *Conflict of laws*, S. 551 ff.; Rabel, *Conflict of laws*, vol. II, S. 276 ff.

Für Delikte geht man aber oft davon aus, daß das Recht des Begehungsortes auch das Ausmaß der Haftung bestimmen soll. *Restatement, Conflict of laws*, § 412.

149 Sachlich ist diese Lösung abzulehnen.

150 Ebenso Niederländer, *RabelsZ* 20 (1955) 51.

Wenn nun also ein Recht anzuwenden ist, das die Schadensberechnung zu einem früheren Zeitpunkt vornimmt, was ja, wie oben gezeigt wurde, nicht selten ist, so entscheidet dessen Berechnungszeit¹⁵¹. Die gleiche Lösung findet sich auch im Währungsrecht. Beide Fragen verschieden beantworten zu wollen, würde zu einem vermeidbaren inneren Widerspruch führen.

151 Inzident geht das LG Bayreuth, 5. 7. 1950 — IPRspr. 1950/51 Nr. 23 von der Maßgeblichkeit der *lex fori* aus. Mit hinreichender Klarheit hat der österreichische OGH, 30. 8. 1961 — JBl. 1962, 93 den maßgebenden Zeitpunkt für die Höhe des Schadensersatzes der *lex causae* entnommen.

3. Kapitel

Andere Formen der Restitution

I. Die Feststellungsklage¹

1. Die Funktion der Feststellungsklage

Wenn es sich um eine endgültige Bereinigung einer Rechtsverletzung und nicht bloß um eine Feststellung des Ersatzanspruches handelt, kann die Feststellungsklage ein Mittel zur Restitution sein. Um die bloße Feststellung des Ersatzanspruches geht es indes dann, wenn z. Z. der Klage keine andere Rechtsschutzform zur Verfügung steht.

An dieser Stelle soll jedoch in erster Linie die Restitutionsfunktion der Feststellungsklage betrachtet werden. Soweit ersichtlich ist, hat auf diese Funktion der Feststellungsklage für das deutsche Recht nur *Rabel*² hingewiesen. Es ist freilich klar, daß die Hauptbedeutung der Feststellungsklage nicht auf diesem Gebiet liegt, doch darf diese Funktion auch nicht übersehen und als Form zur Herstellung des Rechtsfriedens nicht unterschätzt werden. Nicht immer will der in seinen Rechten Verletzte, daß sich das ihm zugefügte Unrecht in „klingender Münze“ auszahlt, sondern begnügt sich mit der einfachen, durch das Gericht ausgesprochenen Feststellung, daß sein Recht durch den Beklagten verletzt worden ist. Die restitutorische Funktion der Feststellungsklage findet daher vor allem auf dem Gebiet des Ehrenschutzes ihren Wirkungsbereich. Es läßt sich nicht leugnen, daß hier eine Parallelität bzw. Kumulation von Zivil- und Strafrechtsweg (Privatklage) in Frage stehen kann, was aber eine Feststellungsklage restitutorischer Natur nicht ausschließt.

Des weiteren ist dann, wenn ein Ersatz des immateriellen Schadens nicht möglich ist — so z. B. oft in solchen Fällen, in denen ein Ersatz des immateriellen Schadens in Geld nicht in Frage kommt, weil die Voraussetzungen des § 847 BGB³ nicht vorliegen — mit Hilfe der Feststellungsklage doch eine gewisse, wenn auch wohl nicht immer ausreichende Wiedergutmachung zu erreichen. Man kann hier von einer Sonderform der Wiedergutmachung immateriellen Schadens sprechen.

1 Die beste rechtsvergleichende Übersicht über die Verbreitung der Feststellungsklage findet sich bei Edwin M. Borchard, *Les jugements déclaratoires*, in *Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparatae* vol. II, Pars II (tome II, 2ième partie) Paris 1934, S. 535-597.

2 Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlung, in *Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932*, Berlin und Leipzig 1932, S. 10 ff.

3 Ähnlich eng umgrenzte Tatbestände finden sich auch im ausländischen Recht, so z. B. Art. 2059 Codice civ. i. V. m. Art. 185 Codice penale.

Im anglo-amerikanischen Recht, das zwar ebenfalls die Feststellungsklage (declaratory judgment) kennt⁴, besteht eine Form des Ausgleichs von immateriellem Schaden im Bereich der torts (unerlaubte Handlungen) durch die sogenannten nominal damages⁵. Nominal damages werden dem Kläger dann zugesprochen, wenn er entweder keinen Schaden, genauer keinen Vermögensschaden, erlitten hat oder ihn nicht beweisen kann, wenn also lediglich die bloße Rechtsverletzung offen zutage tritt bzw. bewiesen worden ist. Nominal damages werden dem Kläger demnach gegen Rechtsverletzungen gewährt, die ohne weitere andere Folgen geblieben sind. Es handelt sich somit lediglich um die Ahndung der Rechtsverletzung als solcher; dem Beklagten soll vor Augen gehalten werden, daß er unrecht gehandelt hat. Daß die nominal damages nur eine besondere Form der Feststellung einer Rechtsverletzung darstellen, zeigt sich besonders in deren Höhe. So werden in den USA normalerweise 1 Cent oder 1 Dollar⁶, in England 40 Shilling⁷ oder ähnliche geringe Summen dem Kläger zugesprochen. Der im Institut der nominal damages⁸ enthaltene Gedanke der Wiedergutmachung der Rechtsverletzung durch deren bloße Deklaration im Urteil, wohnt in gleicher Weise der Feststellungsklage des deutschen Rechts inne⁹.

Vom deutschen Recht her gesehen besteht jedoch der Unterschied zwischen den beiden Instituten vor allem darin, daß die Verurteilung zu nominal damages auf einem materiell-rechtlichen Anspruch beruht¹⁰, während die Feststellung der Rechtsverletzung im Wege der Feststellungsklage ihren Grund allein im Prozeßrecht findet¹¹.

2. Der Feststellungsanspruch

Die soeben getroffene Feststellung, daß die Funktion der deutschen Feststellungsklage und der nominal damages des anglo-amerikani-

4 Für die USA vgl. den Uniform Declaratory Judgment Act v. 1922.

5 Allgemein darüber McCormick, Damages, S. 85 ff., McGregor, Damages, S. 191 ff. und Büniger, RvglHwB VI, 120.

6 McCormick aaO S. 87.

7 McGregor aaO S. 192 ff.

8 „Small damages“, also kleine Schadensersatzbeträge, die bisweilen zu einer Verwechselung mit den nominal damages führen könnten, bleiben hier außer Betracht. Darüber McGregor aaO S. 192, 193.

9 Von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 54, weist ebenfalls auf die gleiche Funktion der beiden Institute hin.

10 Die anglo-amerikanische Rechtsprechung rechnet die Frage der damages allerdings zum Bereich des Prozeßrechts und wendet daher auf sie die lex fori an. In einigen neueren englischen Entscheidungen wird indes diese Frage — unter dem Einfluß von Cheshire, Private international law, S. 703 ff. — nicht mehr pauschal der lex fori unterworfen, sondern in die remoteness und das quantum of damages aufgeteilt. Vgl. vor allem Kohnke v. Karger (1951) 2 All E. R. 179, 182 per Lynskey, J.

11 So jedenfalls die herrschende deutsche Rechtslehre und Rechtsprechung, nach der der Feststellungsklage, wenn überhaupt, nur ein prozessualer Feststellungsanspruch zugrunde liegt. Näheres s. u.

schen Rechts im Ergebnis dieselbe ist, muß aber, folgt man den traditionellen Schemata, zu einer unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Behandlung führen. Denn nach dem Grundsatz, daß die *lex fori* über die Fragen des Prozeßrechts entscheidet, richtet sich die Feststellungsklage nach dieser; umgekehrt müssen aber dann die nominal damages nach der *lex causae* beurteilt werden. Damit können im konkreten Fall mehrere Rechte zur Anwendung berufen sein, falls es sich um ein dem englischen Recht unterstehendes Delikt handelt.

Nach der englischen *lex causae* käme ein Anspruch auf nominal damages in Frage¹², nach der deutschen *lex fori* — funktionell betrachtet — eine Feststellungsklage¹³. Es kann also das gleiche Ergebnis einmal durch Anwendung der *lex causae* und zum anderen der *lex fori* erreicht werden¹⁴. Es fragt sich also, ob man in einem solchen Fall nicht einem Statut den Vorzug geben sollte, sei es aus theoretischen oder praktischen¹⁵ Gründen.

Ein Weg könnte hier durch die Annahme gewiesen werden, daß der Feststellungsklage ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Feststellung, nicht bloß ein prozessualer Feststellungsanspruch zugrunde liegen würde. Das würde dazu führen, daß man — von der Frage des Feststellungsinteresses einmal abgesehen — die Feststellungsklage nicht pauschal der *lex fori* zuweisen dürfte. Die Bereitstellung der Klageform „Feststellungsklage“ durch die *lex fori* wäre daher von dem durch die *lex causae* bestimmten Feststellungsanspruch kollisionsrechtlich zu sondern, also gegebenenfalls anders anzuknüpfen.

Der Ansatzpunkt läge hier nicht erst bei der Frage, ob ein bestimmter Anspruch klagbar ist oder nicht¹⁶, sondern schon beim Anspruch selbst¹⁷. Diese Folgerungen erscheinen, hat man nur den engen Be-

12 Natürlich vorausgesetzt, daß man die nominal damages materiell-rechtlich qualifiziert und nicht auf dem Wege eines etwaigen Renvoi, wie ihn Kegel für die Verjährung vorschlägt (Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht, S. 43), zur Anwendung der deutschen *lex fori* gelangt.

13 Die Frage des Feststellungsinteresses bleibt hier noch unberücksichtigt.

14 Freilich könnte der „homeward-trend“, das Heimwärtsstreben der Gerichte (Nußbaum, DIPR, S. 384), die Anwendung der *lex fori* als praktikabel erscheinen lassen.

15 Vor allem wenn man mehr die prozessuale Seite betont, wie dies die anglo-amerikanischen Gerichte auf dem Gebiet der damages tun.

16 Wollte man die Klagbarkeit auf das Gebiet der Feststellungsklage übertragen, ginge man schon von der Voraussetzung eines materiell-rechtlichen Feststellungsanspruches aus. Klagbarkeit von rein prozessualen Ansprüchen wäre aber ein Widerspruch in sich.

17 In RG, 30. 4. 1894 — JW 1894, 369 macht das RG die Feststellbarkeit eines dem ausländischen Recht unterliegenden Rechtsverhältnisses von dessen Anerkennung im Inland abhängig. Man muß sich jedoch davor hüten, aus dieser Entscheidung vorschnell allgemeine Schlußfolgerungen zu ziehen; denn erstens liegt die Entscheidung schon lange zurück, und zweitens befaßte sie sich mit einem Fall aus dem Patentrecht. Im übrigen leitet das RG aus dem örtlichen Geltungsbereich des Patentrechtes auch dessen Anwendbarkeit ab.

reich der nominal damages vor Augen, nicht völlig aus der Luft gegriffen zu sein. Sie würden auch von sich aus eine etwaige Doppelspurigkeit der geschilderten Art vermeiden.

Der Feststellungsklage einen materiell-rechtlichen Anspruch zu unterschieben¹⁸, rechtfertigt sich jedoch nur für den Fall, daß man in der Feststellungsklage nicht etwas von der Leistungs- und Gestaltungs-klage völlig anderes erblickt; wenn man also nicht wie Wach¹⁹ sagt, daß nur den beiden neben der Feststellungsklage bestehenden Klagearten ein materiell-rechtlicher Anspruch zugrunde liege, nicht aber der Feststellungsklage, die sich nur auf einen prozessualen Anspruch auf Tätigwerden des Gerichts stütze, jedoch nicht auf einen gegen den Beklagten gerichteten Anspruch^{20, 21}.

Indes wird im schweizerischen Recht, im Gegensatz zum deutschen, sowohl von der Lehre²² als auch der Rechtsprechung²³ angenommen, daß sich die Feststellungsklage auf einen dem materiellen Recht unterstehenden Feststellungsanspruch gründe. Diese Einstellung rührt aber weitgehend davon her, daß, da das Prozeßrecht kantonales Recht und das Privatrecht Bundesrecht ist, einzelne Kantone eine allgemeine Feststellungsklage, anders etwa Bern in Art. 174 seiner ZPO, nicht kennen²⁴. Inwieweit diese, aus den speziellen schweizerischen Verhältnissen erwachsene Auffassung nicht nur auf interkantonaalem, sondern auch auf *internationalem* Gebiet anwendbar ist, darüber wird im allgemeinen nichts ausgeführt. Nur Guldener²⁵ hat diese Feststellung auch für das IZPR getroffen, indem er diese Frage unter dem Abschnitt „Die Bedeutung der *lex fori*“ kurz anschnidet und bejaht. Die Fest-

18 So wohl Zitelmann, IPR II, S. 230, 232; denn er führt aus, daß auch bei der Feststellungsklage der Inhalt eines Rechtes geltend gemacht werde.

19 Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1888, S. 22.

20 Wach freilich faßt seinen publizistischen Feststellungsanspruch sowohl als Anspruch gegen das Gericht wie auch als Anspruch gegen den Beklagten auf, aaO S. 27. Folgerichtig unterstellt er ihn auch der *lex fori* aaO S. 32.

21 M. Schoch, Klagbarkeit usw., passim, arbeitet ebenfalls mit dem Begriff des Feststellungsanspruchs und unterstellt ihn gleichfalls der *lex fori*.

22 Guldener, ZPR, S. 254; ders., IZPR, S. 9; Leuch, Berner ZPO, 2.A., Bern 1937, Art. 174 Anm. 1; ders., Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts i. S. von Art. 56 OG oder kantonalen Rechts? SchwJZ 36 (1939/40) 293 ff.

23 In früheren Entscheidungen hatte schon das schweizerische Bundesgericht die materiell-rechtliche Natur des Feststellungsanspruchs behauptet, rückte aber von dieser Ansicht wieder ab, um ab BGE 77 II 348 wieder zu ihr zurückzukehren.

24 Damit will man erreichen, daß eine einheitliche allgemeine Feststellungsklage für alle schweizerischen Kantone ermöglicht wird; vgl. auch Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 (1961) 31-33. Indirekt wird auch die Frage, ob sich die Rechtsschutzform „Feststellungsklage“ nach der jeweiligen kantonalen *lex fori* richtet, verneinend beantwortet; denn es wird kein Unterschied zwischen der Feststellungsklage als Rechtsschutzform und dem Feststellungsanspruch gemacht.

25 IZPR, S. 9.

stellbarkeit des materiellen Rechts wird daher als eine Eigenschaft eben dieses Rechtes angesehen²⁶.

Der von zahlreichen Staaten der USA angenommene Uniform Declaratory Judgment Act von 1922²⁷ spricht in s. 12 aus: „This act is declared to be remedial; . . .“ Florida hat diesem Uniform Act jedoch die Fassung gegeben: „This act is declared to be *substantive* and remedial; . . .“ Daraus ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber von Florida die Feststellungsklage nicht ausschließlich als prozessuales Institut auffaßt, sondern ihr auch materiell-rechtliche Bedeutung zumißt, ob lediglich in funktionaler Hinsicht oder auch ihren Voraussetzungen nach, bleibt unklar. Diese Formulierung zeigt ebenso wie die in der Schweiz vertretenen Ansicht, daß die Feststellungsklage nicht a limine in das Gebiet des Prozeßrechts verwiesen werden kann, sondern daß gewisse Differenzierungen durchaus am Platze sein können, obwohl seit Wach²⁸ die Feststellungsklage als Paradebeispiel (vor allem die negative Feststellungsklage) einer rein prozessualen Kategorie ins Feld geführt wird. Gewisse Fragen bei der Feststellungsklage können daher auch nach der *lex causae* beantwortet werden, insbesondere dann, wenn eine Inlandsberührung des zur Entscheidung stehenden Falles nicht gegeben ist, bzw. wenn diese nur darin besteht, daß im Inland der Prozeß geführt wird. Darunter kann, was noch zu untersuchen sein wird, vor allem das Feststellungsinteresse fallen.

Eine schematische Verweisung der Feststellungsklage mit ihren einzelnen Voraussetzungen in den Bereich der *lex fori* erscheint jedenfalls nicht lediglich unter dem Hinweis angebracht, daß die Feststellungsklage als Rechtsschutzform und damit als Institut des Prozeßrechts eben in vollem Umfang von der *lex fori* beherrscht werde^{29, 30}.

26 So schon die Motive zur deutschen ZPO zu § 231 im Anschluß an die gemeinrechtliche Lehre, die den Feststellungsanspruch als einen materiellen Anspruch auf Anerkennung der wirklichen Rechtslage ansah.

27 9 A ULA 245.

28 Der Feststellungsanspruch, passim. Vgl. auch noch Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. A., Bd. I, Frankfurt 1906, § 45 (unter 3.).

29 Im ganzen kann hinsichtlich der Feststellungsklage des deutschen Rechts gesagt werden, daß sie ausschließlich als prozessuales Institut angesehen wird. Vgl. Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 9. A., München und Berlin 1961, § 86 I; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963, § 1 III; Kisch, Das Feststellungsurteil, Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932, Berlin und Leipzig 1932, S. 53.

30 So jedoch Müller-Freienfels, Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Abstammungsklage, FamRZ 1957, 147 (148), der die *lex fori* sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit als auch bezüglich der sonstigen Voraussetzungen der Feststellungsklage entscheiden läßt. Ferner Fragistas, Die Prozeßstandschaft im IPR, Festschr. f. H. Lewald, Basel 1953, S. 483; Mendelssohn-Bartholdy, Delimitation of right and remedy in the cases of conflict of laws, 16 BYBIL 20 (35) (1935); ders., Bespr. v. Schoch, Klagbarkeit usw., 51 L. Q. R. 553 (555) (1935). Vgl. auch Schnorr v. Carolsfeld, Internationalrechtliche Fragestellungen, Festschr. f. F. Lent, S. 252 f.

Die Beziehungen zwischen dem einzelnen Privatrecht (subjektivem Recht) oder der sonst geschützten Rechtsposition³¹ und der in Frage kommenden Rechtsschutzform dürfen nicht von vornherein³² zur Gänze dem materiellen Recht oder dem Prozeßrecht zugeschlagen werden. Es ist vielmehr entscheidend, inwieweit auf das in Frage stehende Privatrecht durch die Feststellungsklage eine Einwirkungsmöglichkeit besteht³³. Dies ergibt sich aus der oben näher entwickelten, funktionalen Betrachtung der Feststellungsklage. Es kann demnach nicht immer nur darauf ankommen, ob man der für das innerstaatliche Recht eventuell zutreffenden Eingruppierung folgt oder ob dem durch die Normen des internationalen Privatrechts für anwendbar erklärten ausländischen Rechtssatz die größte Effektivität verliehen wird. Das einzelne Institut darf also nicht bloß im Hinblick auf dessen systematische Stellung betrachtet werden. Die Zuordnung eines Instituts, wie der Feststellungsklage, zum materiellen Recht oder Prozeßrecht, ist also weniger von ausschlaggebender Bedeutung, sie kann nur ein Hinweis sein. Von Bedeutung ist in erster Linie, wie sich im konkreten Fall die Anwendung des gemeinhin zum Prozeßrecht gezählten Instituts auswirkt³⁴. Es soll damit nicht die Frage der Qualifikation als überflüssig hingestellt werden; denn bei der hier vertretenen Meinung muß auch entschieden werden, ob das in Frage stehende Recht wesentlich affiziert wird. Der Streit, ob der Feststellungsklage ein materieller Feststellungsanspruch zugrunde liegt, kann daher beiseite gelassen werden. Zu prüfen bleibt noch, welche sonstigen materiellrechtlichen Berührungspunkte bei der Feststellungsklage gegeben sein können. Damit kommen wir auf den Ausgangspunkt unserer Betrachtungen, die nominal damages, wieder zurück, um zu prüfen, ob über diese Frage die *lex causae* oder die *lex fori* zur Entscheidung berufen ist.

Wir haben gesehen, daß es sich dabei im Kern um die Feststellung einer Rechtsverletzung handelt. Ferner sind wir zu der Ansicht gelangt, daß die Feststellbarkeit der Rechtsverletzung schon aus dem

31 D. h. die von der *lex causae* als schutzwürdig angesehen wird.

32 Dies hat zumindest für das Kollisionsrecht zu gelten.

33 Ähnlich auch Niederländer, *RabelsZ* 20 (1955) 39 ff., vgl. auch Riezler, *IZPR*, S. 105. In jüngster Zeit hat für das amerikanische Recht Sedler, 37 *N. Y. U. L. Rev.* 813 ff. (1962), den *Erie-outcome-test* (vgl. *Erie v. Tompkins* 304 *US* 64 - 1938 -) als allgemeines Abgrenzungskriterium für das Verhältnis von materiellem Recht (*substance*) und Prozeßrecht (*procedure*) empfohlen. Dieser Test stellt auch darauf ab, inwieweit auf das materielle Recht durch das Prozeßrecht eingewirkt wird. Doch erscheint dem Verf. eine generelle Feststellung, ob der einzelne Anspruch berührt wird, wie dies Sedler tut, nicht immer durchführbar. Sedler selbst bewegt sich oft weitgehend in traditionellen Bahnen, so, wenn er gewisse Institute nach wie vor der *lex fori* unterwirft, über deren Zuordnung zur *lex causae* man auch für das amerikanische Recht diskutieren könnte.

34 Von der Frage, welche Auswirkung schon die Rechtswahl auf das einzelne Privatrecht ausübt, muß hier abgesehen werden.

einen Gesichtspunkt die materielle Rechtslage nicht berührt, weil im allgemeinen in allen Ländern die Feststellungsklage in mehr oder weniger großem Umfang zugelassen wird ³⁵, und somit die Notwendigkeit eines am materiellen Recht orientierten Feststellungsanspruches nicht mehr besteht ³⁶. Unsere Frage beantwortet sich also dahin gehend, daß in einem Verfahren vor deutschen Gerichten nominal damages nicht zugesprochen werden können; die *lex fori* hält einen anderen entsprechenden Rechtsschutz bereit. Eine irgendwie geartete Beeinträchtigung der Restitution der Rechtsverletzung liegt nicht vor, da mit der Feststellungsklage das gleiche Ergebnis erzielt wird, auch wenn man von einem materiell-rechtlichen Anspruch auf nominal damages sprechen kann, weil dem Kläger eine winzige Summe zugesprochen wird ³⁷.

3. Das Feststellungsinteresse

Wir wollen uns nunmehr den einzelnen Voraussetzungen der Feststellungsklage, nämlich dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und dem Feststellungsinteresse, zuwenden.

Der Begriff „Rechtsverhältnis“ ist sehr unscharf. Normalerweise wird darunter ein rechtlich bedeutsames und deshalb vom objektiven Recht bestimmtes Lebensverhältnis verstanden, das in einer rechtswirksamen Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu Gegenständen (Sachen oder Rechten) besteht ³⁸. Zur Prüfung stehen also nur konkrete Rechtsfolgen, keine abstrakten Rechtsfragen an ³⁹. Diese weite Auffassung des Rechtsverhältnisses läßt daher praktisch so gut wie nie die Frage aufkommen, ob ein dem ausländischen Recht unterworfenenes Lebensverhältnis kein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO darstellt, so daß hier keine Qualifikationsfragen bedeutsam werden können ^{40, 41}.

35 Vgl. Borchard aaO S. 535 ff. Der neue italienische codice di procedura civile von 1940 enthält zwar ebenso wie sein Vorgänger keine ausdrücklichen Vorschriften über die Feststellungsklage, doch besteht an deren Zulässigkeit kein Zweifel. Vgl. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, 2. A., vol. I, Napoli 1957, Nr. 69 (S. 200).

36 Vgl. zu dieser Frage auch von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 54.

37 Weshalb im anglo-amerikanischen Recht trotzdem an dem Institut der nominal damages festgehalten wird, kann hier nicht untersucht werden.

38 Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, Bd. I, § 71 I; Rosenberg, ZPR, § 86 II 1a; Blomeyer, ZPR, § 37 II.

39 Ausnahme kraft § 256 ZPO: Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde.

40 Sollte der *lex causae*-Begriff des Rechtsverhältnisses enger sein, so tut dies nichts zur Sache, da die *lex fori* einen darüber hinausgehenden Rechtsschutz gewähren kann.

41 Das RG hat in seiner Entscheidung vom 30. 4. 1894 — JW 1894, 369 eine Feststellungsklage nicht deshalb scheitern lassen, weil es an einem Rechtsverhältnis gefehlt hätte, sondern deshalb, weil das betreffende Rechtsverhältnis im Inland, also durch die *lex fori*, nicht anerkannt worden ist.

Schwieriger ist die Behandlung des Feststellungsinteresses, das ja (nach deutschem Recht) ein rechtliches Interesse sein muß; hier spielen u. U. nicht allein prozessuale Momente für dessen Bejahung oder Ablehnung eine Rolle, vor allem dann, wenn eine Würdigung der materiellen Rechtslage notwendig ist⁴². Die überwiegende Zahl der Autoren erklärt auf das Feststellungsinteresse als rein prozessualer Klagevoraussetzung die *lex fori* für anwendbar^{43, 44, 45}. Die Rechtsprechung geht über diese Frage meist stillschweigend hinweg. Nur die Entscheidung des OLG München vom 13. 3. 1934⁴⁶ berührt die Problematik. Es wird darin ausgeführt⁴⁷, daß im gegebenen Fall sowohl das österreichische als auch das deutsche Recht die Feststellungsklage zulasse, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung habe. In der Entscheidung selbst finden sich keinerlei Hinweise darüber, weshalb das Gericht geprüft hat, ob auch nach der *lex loci delicti commissi*, dem österreichischen Recht, die Feststellungsklage zulässig ist. Man könnte allenfalls aus dem Passus, daß die Berechtigung der vom Kläger erhobenen Ansprüche nach österreichischem Recht feststünden, herauslesen, daß das Gericht das Feststellungsinteresse auch nach österreichischem Recht beurteilen wollte. Diese Folgerungen aus der Entscheidung zu ziehen, erscheint jedoch wohl zu weitgehend.

Unzuträglichkeiten könnten sich im Bereich des Feststellungsinteresses dann ergeben, wenn die *lex fori* dieses verneint, die *lex causae* aber eine bejahende Haltung dazu einnimmt. Für die Frage, ob ein Feststellungsinteresse anzunehmen ist oder nicht, ist entscheidend, ob die behauptete Rechtsverletzung oder Rechtsgefährdung⁴⁸ nicht auch anderweitig aus dem Wege geräumt werden kann. Ist dies der Fall, dann fehlt ein Feststellungsinteresse. Wann aber auf andere Weise Rechtsschutz erlangt werden kann, kann sich nur danach rich-

42 Vgl. Riezler, IZPR, S. 133; Schnorr von Carolsfeld, Internationalrechtliche Fragestellungen aaO S. 252 Anm. 33a (a. E.). Dies setzt voraus, daß bei der Prüfung des Feststellungsinteresses bereits die Frage des anzuwendenden materiellen Rechts entschieden ist.

43 Die in Anm. 42 genannten Autoren; Morelli, DPCI, S. 17, Allorio, Limiti, S. 260; Müller-Freienfels aaO S. 148; Fragistas aaO S. 483; Schoch, Klagbarkeit usw., S. 67.

44 Lediglich Guldener, IZPR, S. 9 ist anderer Ansicht; unentschlossen Niederländer aaO S. 40.

45 Vincent, Enc. Dalloz, Procédure civile, vol. I, v. action Nr. 97, neigt dazu, das „*intérêt légitime*“ und die „*qualité*“ (ein Teil des Rechtsschutzinteresses) der *lex causae* zu unterstellen. Das „*intérêt né et actuel*“ will er der *lex fori* unterstellen.

46 BayZ 30 (1934) 166. Bei dieser Entscheidung handelte es sich um einen Verkehrsunfall, der sich in Österreich ereignet hatte.

47 AaO S. 167.

48 Die Rechtsgefährdung genügt.

ten, ob die *lex fori* andere Rechtsschutzformen zur Verfügung stellt⁴⁹.

Etwaige Berührungspunkte zwischen der vorbeugenden Unterlassungsklage und der Feststellungsklage wurden bereits an anderer Stelle behandelt⁵⁰.

Zu erwähnen wäre noch, daß das Grundurteil des § 304 ZPO⁵¹ auch in gewissem Sinne in den Bereich der Feststellungsklage fällt, kollisionsrechtlich aber keine Besonderheiten bietet.

II. Die Unterlassungsklage

1. Die Funktion der Unterlassungsklage

In der Unterlassungsklage haben wir ein Institut vor uns, das im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch keine repressive Wirkung hat, also keine Sanktion gegen eine bereits bestehende Rechtsverletzung darstellt, sondern zum Bereich des präventiven Rechtsschutzes zu zählen ist, weil sie vorher schon eingreift. Zum Bereich des präventiven Rechtsschutzes gehört in gewisser Beziehung auch die Feststellungsklage, über die oben ausführlicher gesprochen worden ist.

Auf die Unterlassungsklage hin ergeht ein Leistungsurteil; denn eine Verurteilung, eine Handlung zu unterlassen, spricht eine Leistung, wenn auch eine negative, aus. Das deutsche Recht sieht für die Unterlassungsklage einen überaus weiten Anwendungsbereich vor, sie ist nicht wie in anderen Rechten ausschließlich auf rein sachenrechtliche Tatbestände beschränkt, vielmehr umfaßt sie alle absoluten Rechte sowie rechtlich geschützten Interessen. Die Rechtsprechung ist nämlich weit über die im Gesetz normierten einzelnen Tatbestände, in denen eine Unterlassungsklage anerkannt wird, hinausgegangen und hat sie zu einem umfassenden Institut ausgebildet. Im Gegensatz dazu ist man im italienischen Recht bei den positivrechtlich normierten Tatbeständen, die eine Unterlassungsklage zulassen, stehengeblieben⁵². Wesentlich undurchsichtiger ist die Lage im französischen Recht,

49 Bedeutung erlangt diese Frage meist nur dafür, ob eine drohende Verjährung unterbrochen werden kann. Eine Feststellungsklage wird nur deshalb erhoben, weil z. B. das deutsche Recht für Schadensersatzansprüche genau bezifferte Anträge verlangt (mit Ausnahme des Schmerzensgeldanspruches). Der Grund liegt also allein in einer zum Verfahren gehörenden Vorschrift.

50 Für das innerdeutsche Recht vgl. hierzu namentlich Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Dölle-Festschr. I, S. 295 ff.

51 Im italienischen Recht: Art. 278 c. p. c. (*condanna generica ai danni*).

52 So zählt De Cupis, *Il danno*, Milano 1954, S. 271 f., auf ganzen zwei Seiten die einzelnen Fälle von Unterlassungsansprüchen auf; mehr hat er dazu nicht auszuführen. — Ähnlich wie das deutsche Recht kennt das italienische Recht beim unzulässigen Namensgebrauch Art. 7 c.c., bei der unzulässigen Verwendung eines Bildes Art. 10 c.c., bei Einwirkungen auf Grundstücke Art. 949 c.c. und auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs Art. 2599 c.c. besonders vorgesehene Fälle der Unterlassungsklage.

das hinsichtlich unserer Frage überhaupt keine Vorschriften besitzt; lediglich in der Rechtsprechung zeigen sich gewisse Ansätze⁵³.

Mit der Unterlassungsklage soll also nicht einer bereits bestehenden Rechtsverletzung bzw. Verletzung eines Rechtsguts begegnet werden, sondern mit ihr sollen bevorstehende Gefährdungen und Verletzungen solcher Rechtspositionen verhindert werden. Damit ist sie systematisch scharf vom Schadensersatzanspruch zu trennen, da der Rechtsschutz nicht *nach* sondern bereits *vor* der Verletzung des Rechts bzw. Rechtsguts einsetzt.

Zum weiteren Bereich der Unterlassungsklage ist auch der im deutschen Recht in § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ausdruck gekommene Beseitigungsanspruch zu zählen; auch er hat einen wesentlich umfassenderen Anwendungsbereich in der Rechtsprechung gefunden, als ihm durch die genannte Bestimmung an und für sich zugewiesen worden ist⁵⁴. Sein Ziel ist die Beseitigung der Störungsquelle, um weitere Störungen für die Zukunft auszuschalten. Der Beseitigungsanspruch ist aber kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch eigener Art; er will nicht eine Kompensation des Schadens herbeiführen, gleichwohl kann ihm eine gewisse restitutorische Natur nicht abgesprochen werden. Schon in seinen Voraussetzungen stellt der Beseitigungsanspruch geringere Anforderungen als der Schadensersatzanspruch. Letzterer setzt eine schuldhaft, rechtswidrige Rechtsverletzung voraus, während ersterer sich mit dem Vorliegen einer objektiv widerrechtlichen Verletzung begnügt. Doch soll seine Behandlung einstweilen zurückgestellt werden.

In ihrer Funktion können sich u. U. die Unterlassungsklage und die Feststellungsklage überschneiden⁵⁵; denn im Ergebnis kann es auf das gleiche hinauslaufen, ob auf Unterlassung drohender Beeinträchtigungen oder auf Feststellung der Unzulässigkeit derartiger Beeinträchtigungen geklagt wird⁵⁶.

Besondere praktische Bedeutung auf internationalprivatrechtlichem Gebiet kommt der Unterlassungsklage im Wettbewerbsrecht zu⁵⁷; dies zeigt sich schon in der Judikatur des RG und BGH, in der die

53 Rechtsvergleichendes Schrifttum fehlt auf diesem Gebiet vollständig mit Ausnahme von Kaden, Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, Berlin u. Leipzig 1929, S. 82 ff. (insbes. 88-93). Fälle, in denen durch die französische Rechtsprechung gewisse Handlungen verboten worden sind, bei Kaden aaO S. 89, und Kayser, L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, Rev. trim. dr. civ. 1953, 209 (218) aufgeführt. Vgl. auch noch Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 (485 Anm. 72).

54 Z. B. Widerruf kränkender Äußerungen.

55 Darüber allgemein: Zeuner, Zum Verhältnis der Unterlassungs- zur negativen Feststellungsklage, Dölle-Festschr. I, S. 295 ff.

56 Vgl. Leuch aaO S. 297 Anm. 23.

57 Dies bemerkt Gloede, Der deutsche Außenhandel und seine wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach deutschem internationalem Privatrecht, GRUR 1960, 464 (470), mit Recht.

Fälle des unlauteren Wettbewerbs, in denen eine Unterlassungsklage mit Auslandsbeziehung in Frage stand, überwiegen. Einen weiteren Komplex bilden Entscheidungen auf dem Gebiet des Namensrechts.

2. Der Unterlassungsanspruch⁵⁸

Da die Unterlassungsklage den Schutz gegen Rechtsgefährdungen zum Ziel hat⁵⁹, besteht die Frage, ob man davon ausgehen kann, daß der Klage ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassen zugrunde liegt⁶⁰. Dies kann für die kollisionsrechtliche Beurteilung der Unterlassungsklage von entscheidender Bedeutung sein. Auf einen etwaigen materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch fände die *lex causae* und nicht die *lex fori* Anwendung. Letztere stellt nur die entsprechende Rechtsschutzform zur Verfügung. In dieser Hinsicht ergeben sich aber keine besonderen Schwierigkeiten, da es sich bei der Unterlassungsklage um eine Leistungsklage handelt, der Beklagte wird zu einem negativen Tun verurteilt.

Ist schon die hier zur Debatte stehende Frage im rein internen deutschen Recht kontrovers⁶¹, so wird die Situation im Kollisionsrecht dadurch keinesfalls einfacher. Selbst bei einer intern gefestigten Systematik bleibt trotzdem die Frage zu beantworten, ob die für das interne Recht gefundene Lösung sich auch auf das Kollisionsrecht übertragen läßt, was nach der hier vertretenen Auffassung nicht schlechthin bejaht werden kann⁶².

Ohne besondere Problematik erscheint in diesem Zusammenhang die Festlegung einer Unterlassungspflicht durch Vertrag. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist allgemein anerkannt, wie z. B. durch § 241 BGB und schon durch Art. 1101 C.c.⁶³. Es handelt sich hierbei eindeutig um materiell-rechtliche Ansprüche. Die Pflicht, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, ist der wesentliche Vertragsinhalt, so daß dieser Anspruch nach dem Recht zu beurteilen ist, dem der Vertrag untersteht. Schwierigkeiten können hier nur dann auf-

58 Wohl als erster hat Kohler, Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884, S. 453 f., auch die internationalrechtliche Frage bei der Unterlassungsklage gestellt.

59 Ob bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden haben muß, um auf Unterlassungsklagen zu können, ist eine andere Frage.

60 Das Moment der Wiederholungsgefahr liegt auf der Ebene des Rechtsschutzbedürfnisses; denn Bestehen oder Nichtbestehen der Wiederholungsgefahr macht die Unterlassungsklage zulässig oder unzulässig.

61 Zum Stand der Meinungen vgl. Larenz, SchR II, S. 476 ff.; Esser, SchR, S. 926 ff.

62 Das Problem der internationalen Zuständigkeit für die Verurteilung zu Unterlassungen im Ausland, das in diesem Zusammenhang fast ausschließlich behandelt wird, ist unter 3. abzuhandeln.

63 Art. 1101 C.c. lautet: „Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.“ Vgl. ferner Art. 1126 C.c.

treten, wenn der Vertrag zwar einem Recht untersteht⁶⁴,⁶⁵, das die im Vertrag vereinbarte Unterlassungspflicht anerkennt, sich aber Geltung für mehrere Gebiete mit verschiedener Rechtsordnung beilegt, eine (oder mehrere) der Rechtsordnungen jedoch die konkrete Unterlassungspflicht nicht anerkennt⁶⁶, wie z. B. vertragliche Wettbewerbsverbote oder -beschränkungen. Wie steht es dann mit dieser Vereinbarung? Da hier ähnliche Probleme wie bei der Anordnung von Unterlassungen im Ausland, die auf Grund des Rechts der *lex fori* erfolgen, zutage treten, sei die Erörterung einstweilen zurückgestellt⁶⁷.

Problematisch bleiben aber diejenigen Fälle, in denen aus dem gefährdeten Recht allein ein Anspruch auf Abwehr, d. h. Unterlassung der Gefährdung, abgeleitet wird. Im deutschen Recht wird, wenn man von der mehr oder weniger h. M. ausgeht, bei den absoluten Rechten (Eigentum, allgemeines Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrechte) ein materieller Unterlassungsanspruch angenommen. Für den Bereich

64 In der englischen Entscheidung *Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson* (1936) 3 All E. R. 160 per Branson, J. (K. B. D.) (zu diesem Urteil Schoch, Über die Grenzziehung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bei der Unterlassungsklage, *Giur. comp. d.i.p* V, 174-175) ging es um eine vertragliche Unterlassungspflicht aus einem in den USA abgeschlossenen Arbeitsvertrag einer Filmschauspielerin. Judge Branson widmete freilich der kollisionsrechtlichen Problematik keine besondere Aufmerksamkeit, er führte am Ende seiner Entscheidung (aaO S. 168) lediglich aus: „The other matter is as to the area within which the injunction is to operate. The contract is not an English contract and the parties are not British subjects. In my opinion all that properly concerns this court is to prevent the defendant from committing the prohibited acts within the jurisdiction of this court, and the injunction will be limited accordingly.“ Im übrigen scheint das Urteil davon auszugehen, daß eine injunction eine reine Angelegenheit der *lex fori* darstellt.

65 Neuner, Internationale Zuständigkeit, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929, S. 34, hält für vertragliche Unterlassungsansprüche, die in einem ausländischen Staat geschuldet werden, die inländische internationale Zuständigkeit für gegeben, da der Unterlassungsanspruch meist nur akzessorischer Natur sei. Hauptanspruch sei meist ein Schadensersatzanspruch.

66 Wieder anders liegt die Problematik bei ausländischen Leistungsverboten. Es sei nur auf die „Trading with enemy“-Gesetzgebung verwiesen. Vgl. hierzu H. R., 2. 11. 1917 — W. 10194. In dieser Entscheidung nahm der Hoge Raad bei einer dem niederländischen Recht unterliegenden Forderung auf die englische Trading with the enemy-promulgation keine Rücksicht, die dem englischen Schuldner die Zahlung an den deutschen Gläubiger (unter Strafe) verbot. Speziell zu diesen Fragen Seidl-Hohenveldern, Feindhandelsverbote im Internationalen Privatrecht, *JfIR* 4 (1954) 63 ff.

67 Insbesondere bei wettbewerbsbeschränkenden Abreden können sich Unterschiede ergeben, da manche Kartellrechte zu solchen Verträgen eine verschiedene Einstellung haben. U. E. ist dieses Problem jedoch insoweit ohne praktische Bedeutung, weil nach der wohl h. M. ausländisches Kartellrecht nicht zur Anwendung kommt. Vgl. jedoch R. Bär, *SchwJbIR* XVIII (1961) 45 ff.; ders., Kartellrecht und Internationales Privatrecht, Karlsruhe 1965, S. 226 ff.; Heidemann, Zur Anwendung nationalen Kartellrechts auf internationale Kartelle, Diss. Hamburg 1962, S. 62 ff.; Rehinder, Extraterritoriale Wirkungen deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965, S. 281 ff.; Mertens, Ausländisches Kartellrecht im deutschen internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 31 (1967) 385 (396 ff.).

der sonst durch die Unterlassungsklage geschützten Rechtsgüter wird die Unterlassungsklage lediglich als ein besonderes Institut des prozessualen Güterschutzes angesehen⁶⁸. Freilich sprechen einzelne Gesetze, wie z. B. das UWG in § 3, von Unterlassungsansprüchen, obgleich das UWG keine absoluten Rechte des einzelnen Wettbewerbers verankert.

Für das deutsche Recht kann diese Differenzierung zwar hingenommen werden, doch treten Schwierigkeiten auf, wenn fremde absolute Rechte und Rechtsgüter zu schützen sind. Die im internen Recht vorgenommene verschiedene Behandlung von absoluten Rechten und Rechtsgütern bleibt, hat man das Ergebnis im Auge, ohne praktische Konsequenzen. Trifft man aber dieselbe Unterscheidung für das Kollisionsrecht, so beurteilt sich die Möglichkeit einer Unterlassungsklage bei den absoluten Rechten nach der Rechtsordnung, wo eine Gefährdung dieses Rechts zu befürchten ist; denn der Klage liegt ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch zugrunde. Der präventive Schutz der sonstigen Rechtsgüter aber würde sich nach der *lex fori* richten, diese entscheidet ja generell über prozessuale Fragen. Solange das ausländische Recht den gleichen Schutz gewährt, kann diese unterschiedliche Behandlung noch hingenommen werden. Legt sie die Grenzen aber anders fest, dann wird, wie man wohl zugeben muß, das Ergebnis willkürlich.

Es zeigt sich hier, daß die in diesem konkreten Fall vom internen Recht vorgenommene systematische Einordnung nicht für das Kollisionsrecht brauchbar ist⁶⁹. Es muß daher ein anderer Lösungsweg gesucht werden. Ein Ansatzpunkt ist darin zu sehen, daß auf eine Unterlassungsklage hin ein Leistungsurteil ergeht, das sich nicht lediglich in der Feststellung der Rechtslage erschöpft, sondern den Befehl enthält, diese oder jene Handlung nicht vornehmen zu dürfen, wobei diese Anordnung noch für den Fall der Zuwiderhandlung eine Geldstrafe androht⁷⁰. Man könnte dagegen einwenden, daß die Unterlassungsklage eine selbständige Form des prozessualen Güterschutzes, und zwar auch hinsichtlich der absoluten Rechte sei und daher mit der einstweiligen Verfügung auf gleicher Ebene stehe⁷¹, deren Zulässig-

68 Von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 53.

69 Ob daraus auch der Schluß zu ziehen ist, daß die für das interne Recht vorgenommene systematische Einordnung zu verwerfen ist, ist eine andere Frage, die nicht voreilig bejaht werden darf.

70 Diese Strafdrohung ist lediglich vollstreckungsrechtlicher Natur und kann in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben. Kohler hat gleichsam das Pferd beim Schwanz aufgezäumt, wenn er aus ihr die Unzulässigkeit von Urteilen, die zu einer Unterlassung im Ausland verpflichten, herleiten will. ZJP 10 (1887) 452; ders., Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim u. Leipzig 1908, S. 217. Gegen Kohler schon zutreffend Heidecker ZJP 18 (1893) 462. Aus der Rechtsprechung: KG, 5. 12. 1921 — JW 1922, 400 m. abl. Anm. v. Kraemer.

71 So v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 54.

keit sich aber ausschließlich nach der *lex fori* bestimmt ⁷². Dieser Einwand beweist für die kollisionsrechtliche Beurteilung jedoch nichts. Einstweilige Verfügungen werden sowieso in praxi nur im Bereich der *lex fori* erlassen, sonst besäßen sie keinen Wert, wenn sie sich auch für das Ausland Wirkung beimessen würden. Denn gerade das tragende Moment der Schnelligkeit dieser Maßnahme fehlt in solchen Fällen, weil zu ihrer Vollziehung im Wege der Rechtshilfe erst der ausländische Vollstreckungsapparat eingeschaltet werden müßte.

Ausschlaggebend ist vielmehr der Gesichtspunkt, daß Anordnungen durch die Gerichte der *lex fori*, bestimmte Handlungen im Ausland zu unterlassen, nur dann getroffen werden können, wenn der Staat, in dessen Gebiet die Anordnungen befolgt werden sollen, ebenfalls durch seine Rechtsordnung solche Anordnungen zuläßt ⁷³.

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur dann zulässig, wenn es sich um Anordnungen handelt, die eine Unterlassung im Ausland vorschreiben, aber keine Rechtsgrundlage in der Rechtsordnung des betroffenen Staates haben, sondern allein auf dem internen Recht fußen, und die auf Grund öffentlichen Rechts ergehen (Aktenvorlage, kartellrechtliche Maßnahmen). Derartige Befehle finden lediglich im Völkerrecht eventuelle Schranken.

Daß eine Anordnung auf dem Gebiet des Privatrechts, die sich auf keine Rechtsgrundlage des Staates, in dem sie befolgt werden soll, stützen kann, trotzdem im Inland vollstreckt werden kann (durch Zugriff in evtl. inländisches Vermögen), ist kein ausreichender Beweis dafür, daß das oben dargelegte Prinzip falsch ist. Anordnungsmöglichkeit und Vollstreckungsmöglichkeit brauchen sich nicht zu decken, was aber andererseits nicht die Regel ist, da normalerweise eine Vollstreckung nur erfolgt, wenn die Leistungspflicht eine Grundlage im materiellen Recht findet. Dies tut sie aber nicht, wenn man auf Grund inländischer Privatrechtsvorschriften einen Leistungs- bzw. Unterlassungsbefehl für das Ausland erläßt, den das ausländische Recht nicht kennt ⁷⁴.

Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß in kollisionsrechtlicher Hinsicht ein wesentlicher qualitativer Unterschied zwischen Tun und Unterlassen im Bereich des Rechtsschutzes nicht gemacht werden kann. Daran ändert auch die teilweise Verwandtschaft der Unterlassung mit der Feststellungsklage nichts; denn zwischen beiden besteht ein beträchtlicher rechtlicher als auch funktionaler Unterschied. Das Feststellungsurteil deklariert eben nur, was Rechtens ist; das Unter-

⁷² Riezler, IZPR, S. 668.

⁷³ S. auch Raape, IPR, S. 640; Zitelmann, IPR II, S. 233; Nußbaum, DIPR, S. 293. Die Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen in Italien richtet sich demnach nur nach Art. 2599 c.c., ein vertragliches Konkurrenzverbot nach dem Recht, das auf den Vertrag Anwendung findet. Venturini, DIP, S. 179.

⁷⁴ Dabei kommt es nicht auf die von Zitelmann, IPR I, S. 113 angestellten völkerrechtlichen Erwägungen an.

lassungsurteil verbindet dagegen damit den Befehl, eine Handlung zu unterlassen. Sonach gelangen wir zu der Feststellung, daß die Möglichkeit der Abwehr von Rechtsgefährdungen nach dem am Ort der Gefährdung geltenden Recht zu beurteilen ist ⁷⁵. Es kommt dabei nicht entscheidend darauf an, ob man die Abwehrbefugnis als Anspruch des materiellen Rechts ansieht ⁷⁶ oder nicht. Damit ist es auch ausgeschlossen, das Problem der Unterlassungsklage allein auf das Gleis des Rechtsschutzbedürfnisses abzuschieben, wie dies im deutschen Recht in den Fällen des Schutzes bloßer Rechtsgüter teilweise erfolgt ⁷⁷. Es läge nämlich dann ausschließlich in der Hand des deutschen Richters, ob er bloße Rechtsgüter schützen wollte oder nicht, da er die jetzt allein auftauchende prozessuale Frage des Rechtsschutzbedürfnisses mangels jeglichen materiellen Konnexes nach seiner Rechtsordnung, der *lex fori*, entscheiden würde.

Für die Unterlassungsklage liegt das besonders erforderliche Rechtsschutzbedürfnis in der Wiederholungsgefahr von Rechtsverletzungen. Der § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geht davon aus, daß eine Unterlassungsklage erst dann erhoben werden kann, wenn bereits einmal eine Beeinträchtigung stattgefunden hat. Die Rechtsprechung sieht indessen eine Beeinträchtigung schon als gegeben an, wenn die erste Beeinträchtigung drohend bevorsteht ⁷⁸. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis findet also in einem materiellen Rechtssatz seinen Niederschlag. Dadurch steht freilich noch lange nicht fest, daß es sich dabei auch um eine materiell-rechtliche Norm handeln muß. Die Stellung einer Norm im Gesetz sagt nichts über deren systematische Zugehörigkeit aus ⁷⁹, sie dient allenfalls als gewisser Hinweis dafür. Daß das besondere Erfordernis der Wiederholungsgefahr im gegebenen Fall trotzdem nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, ergibt sich aus anderen Gründen. Wie die Regelung des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, kommt der Unterlassungsanspruch überhaupt erst zur Entstehung, wenn weitere Beeinträchtigungen drohen. Damit ist der Entstehungsgrund des Anspruchs zugleich auch Prozeßvoraussetzung der Unterlassungsklage ⁸⁰. Für die kollisionsrechtliche Betrachtung ergibt sich daraus, daß sich das Rechtsschutzbedürfnis nach dem Recht bestimmt, das auf die Unterlassungspflicht Anwendung findet, soweit eine Wiederholungsgefahr in Frage steht. Die *lex fori* ist also insoweit auszuschalten ⁸¹.

75 Für die Fälle der *injunction* im Ergebnis ebenso Rabel, *Conflict of Laws*, vol. II, S. 281.

76 Für das deutsche Recht vgl. Larenz, *SchR* II, S. 481 Anm. 9.

77 Vgl. Larenz, *SchR* II, S. 482.

78 BGH LM Nr. 27 zu § 1004 BGB.

79 Statt vieler: Liebmann, *Norme processuali nel codice civile*, *Riv. dir. proc.* 1948 I 154 (158).

80 Blomeyer, *ZPR*, S. 170.

81 Bei der Feststellungsklage ist die Sachlage, wie bereits oben ausgeführt worden ist, eine andere.

Wird also eine Wiederholungsgefahr von der *lex causae* nicht verlangt, dann kann die *lex fori* sie nicht zusätzlich fordern. So schreibt sie z. B. Art. 2599 c.c. it. nicht ausdrücklich vor („La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione . . .“).

3. Die internationale Zuständigkeit für Unterlassungsklagen⁸²

Als Faustregel kann für die deutsche internationale Zuständigkeit gelten, daß sie dann als vorliegend zu erachten ist, wenn nach der

⁸² Die Frage der extraterritorialen Wirkung der injunction hat im amerikanischen Recht eine verhältnismäßig umfangreiche Literatur hervorgerufen. Da aber die injunction als rein prozessuales Institut begriffen wird, lassen sich für unser Problem diese Stimmen nur insoweit verwerten, als es um die Zuständigkeit eines inländischen Gerichts zur Anordnung von Akten geht, die im Ausland vorgenommen werden sollen. Freilich kann eine injunction auch auf einem materiell-rechtlichen Unterlassungsgebot beruhen, was vor allem bei nuisance der Fall ist. Doch wird eine derartige, dem deutschen Recht bekannte Unterscheidung nicht getroffen. Im übrigen befaßt sich ein großer Teil des Schrifttums mit der hier nicht interessierenden Frage, ob jemandem verboten werden kann, in einem anderen Staat einen Prozeß anhängig zu machen. Man vergleiche hierzu Note: Exercise of the power of equity to enjoin proceedings in another state, 22 Col. L. Rev. 360 (1922); Rogers, Injunctions against suits in foreign jurisdictions, 10 La. L. Rev. 302 ff. (1950). Ähnlich liegen solche Anordnungen, die jemandem vorschreiben, einen Rechtsstreit zu führen oder sonst vor einem Gericht zu erscheinen [Note: Conflict of laws — Trusts — power of court of equity to order trustee to appear in foreign trust proceedings, 42 Col. L. Rev. 479 (1942); Note: Extra-territorial extent of a state's jurisdiction in personam, 21 Harv. L. Rev. 354 (1907-08)]. — Diese Fälle können hier beiseite gelassen werden, obwohl sie ein Beweis dafür sind, daß die Anordnung einer Unterlassung bzw. eines Handelns im Ausland für gültig erachtet wird. Freilich darf hierbei nicht übersehen werden, daß diese Folgerungen nur ausdrücklich für das Verhältnis der Gliedstaaten der USA zueinander gezogen worden sind. — Wichtiger sind in diesem Zusammenhang jene Fälle, die die Unterlassung einer unerlaubten Handlung zum Gegenstand haben, wie z. B. nuisance [vgl. Note: Equitable decrees ordering extra-territorial acts, 30 Col. L. Rev. 1178, 1180 (1930)], durch die mehrere Staaten berührt werden. Die eben genannte Note meint (S. 1182), daß ein gewisser Test für die Zulässigkeit einer injunction mit Auslandswirkung sei, wenn das fremde Recht gleichfalls die Anordnung zulasse; ebenso Note: The extra-territorial force of a decree by a court of equity, 31 Harv. L. Rev. 646, 648 (1917-18); Note: The power of a court of equity to order a nonresident defendant to do a positive act in another state, 35 Harv. L. Rev. 610, 611 (1921-22). Über nuisance vergleiche ferner noch Note: The extra-territorial force of a decree by a court of equity, 23 Harv. L. Rev. 390 (1909-10), wo sich nähere Ausführungen zu den bekannten Salton Sea cases finden. Nur bei personal jurisdiction schlägt Note: Equity acting in rem: injunctions in the absence of personal jurisdiction, 50 Harv. L. Rev. 495, 499 (1936-37) vor, solle eine injunction mit extraterritorialer Wirkung ergehen (vgl. auch Messner, The jurisdiction of a court of equity over persons to compel the doing of acts outside the territorial limits of the state, 14 Minn. L. Rev. 494 ff. (1930), hier zitiert nach Selected Readings on Conflict of Laws, St. Paul/Minn. 1956, S. 291 ff. (305), und Developments in the Law: Injunctions, 78 Harv. L. Rev. 994, 1031-35 (1965)]. Hinsichtlich des englischen Rechts sei auf Westlake-Bentwich, Private International Law, 7. A., London 1925, S. 259 f., und Dicey-Morris, Conflict of laws, S. 200 f. verwiesen.

ZPO ein örtlicher Gerichtsstand begründet ist⁸³. Es gibt jedoch auch Fälle, bei denen *ratione materiae* die internationale Zuständigkeit nicht gegeben ist; Riezler⁸⁴ nennt dies sachliche internationale Unzuständigkeit. Das ist für unsere Untersuchung vor allem im Hinblick auf das Dogma der Nichtanwendbarkeit ausländischen Patentrechts von Bedeutung⁸⁵. In diesem Fall ist die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für eine Anordnung, bestimmte Verhaltensweisen in einem bestimmten Staat zu unterlassen, da sie nach dessen Patentrecht rechtswidrig sind, auch bei vorhandener örtlicher Zuständigkeit ausgeschlossen.

Es ist hier zu prüfen, ob die Zuständigkeitsgrenzen für Unterlassungsklagen anders gezogen werden müssen als für Leistungsklagen. Das Gesetz selbst macht zwischen Tun und Unterlassen bei der Gerichtsstandsregelung keinen Unterschied. Die Frage ist vielmehr genereller Natur, und zwar lautet sie dahin, ob Gerichte Handlungen oder Unterlassungen, die in einem anderen Staat vorzunehmen sind, gebieten bzw. verbieten können.

Für Klagen, die auf ein positives Tun im Ausland gerichtet sind, hat das RG⁸⁶ keine Veranlassung gesehen, die deutsche internationale Zuständigkeit verneinen zu müssen. Dies ist nicht mehr als recht und billig. Es ist nicht einzusehen, warum die deutschen Gerichte unzuständig sein sollten, ein Leistungsgebot zu erlassen, das seine Begründung in dem Recht des Staates findet, für dessen Bereich der Leistungsbefehl ausgesprochen wird⁸⁷.

Wie oben dargelegt, haben Urteile auf Unterlassung im Ausland, die von deutschen Gerichten gefällt werden, ihre Grundlage im ausländischen Recht und nicht im deutschen Recht, weil für das Kollisionsrecht anzunehmen ist, daß ein Urteil auf Unterlassung ein Leistungsurteil darstellt. Wenn nun die Pflicht zur Unterlassung ihren Grund im ausländischen Recht findet, so besteht keine Veranlassung, die internationale Zuständigkeit (falls sonst keine Hindernisse entgegenstehen) für Klagen auf Unterlassung anders zu behandeln als für

83 Vgl. Riezler, IZPR, S. 219; Matthies, Die deutsche internationale Zuständigkeit, Frankfurt/M. 1955, S. 40; Neuner, Internationale Zuständigkeit, S. 30.

84 Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Festgabe f. Rosenberg, München u. Berlin 1949, S. 198 ff.

85 Die Entscheidung des LG Düsseldorf GRUR Ausl. 1958, 430 steht vereinzelt. Vgl. dazu auch Riezler, IZPR, S. 86; ders., Festgabe f. Rosenberg, S. 210-212. Unzutreffend ist sicherlich die Meinung von Neuner (Internationale Zuständigkeit, S. 33 f.), daß andere Gerichte als die des Verleihungsstaates nicht in der Lage seien, dessen Patentrecht anzuwenden. Dies ist ebenso leicht oder schwierig wie die Anwendung sonstigen ausländischen Rechts.

86 RGZ 126, 199: es ging um eine in Zürich vorzunehmende Zahlung in Schweizer Franken. Auch die amerikanische Rechtsprechung läßt Klagen auf *specific performance* (Naturalerfüllung) zu, die in einem anderen Staat zu leisten ist.

87 Die Vollstreckung der Leistungsbefehle ist davon scharf zu unterscheiden. Für sie gelten andere Regeln.

solche, die auf ein positives Tun gerichtet sind^{88, 89}. Von einem Eingriff in die Souveränität des Staates, in dem die Unterlassung erfolgen soll, kann dabei keine Rede sein. Durch die Anwendung des Rechts des betreffenden Staates wird ja gerade dessen Rechtsordnung geachtet und zu deren Durchsetzung verholfen. Eine ausschließliche „Zuständigkeit“ dieses Staates, sein Privatrecht nur allein durchsetzen zu wollen, kann jedenfalls generell nicht angenommen werden. Man kann sich allenfalls darüber streiten, ob dingliche Unterlassungsansprüche eine ausschließliche internationale Zuständigkeit des Belegenheitsstaates begründen, wie dies Riezler annehmen will⁹⁰. Dazu besteht aber nach unserer Auffassung keine Veranlassung⁹¹.

Nur dann, wenn irgendwelche Vollstreckungshandlungen im Ausland durch die inländische Justiz vorgenommen werden würden, wäre die Sachlage anders zu beurteilen. In der bloßen Anordnung der Unterlassung liegt aber noch kein Vollstreckungsakt⁹². Aus dem Völkerrecht können daher keine Einwendungen gegen die obige Lösung vorgebracht werden.

Problematisch könnte die Sache eventuell dann werden, wenn ein inländisches Gericht die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung im Ausland gebietet, die lediglich im Recht der *lex fori* ihre Rechtsgrundlage findet. In Frage kommen hier die gerichtliche Anordnung zur Vorlage von Dokumenten, die sich im Ausland befinden⁹³, und Anordnungen auf dem Gebiete des Kartellrechts⁹⁴.

Indes bestehen auch hier grundsätzlich keine völkerrechtlichen Bedenken, da die Anordnung einer solchen Maßnahme noch keinen Ein-

88 In RGZ 32, 414 (415 f.) geht das RG implizit davon aus, daß die deutschen Gerichte auch dann international zuständig sind, wenn es um die Anordnung einer im Ausland zu befolgenden Unterlassung geht (im genannten Fall ging es um die Unterlassung der weiteren Wasserentnahme aus einem Grenzbach).

89 BGHZ 22,1 (13) bejaht die internationale Zuständigkeit für Unterlassungsklagen ausdrücklich. Nußbaum, DIPR, S. 389; Neuner aaO S. 34; Steindorff, Sachnormen im IPR, Frankfurt/M. 1958, S. 138 Anm. 1.

90 IZPR, S. 212 und 244.

91 Im amerikanischen IPR spricht man bei derartigen Klagen von „local actions“ im Gegensatz zu den „transitory actions“. Dazu Currie, *The constitution and the „transitory“ cause of action*, *Selected Essays on the conflict of laws*, Durham 1963, S. 311 ff.

92 Eine Vermengung dieser Gesichtspunkte findet sich bei Kohler ZZP 10 (1887) 452, der infolge der im Urteil enthaltenen Strafdrohung eine Unzuständigkeit für Unterlassungsklagen mit Auslandsbeziehung annimmt. Gegen Kohler zutreffend Heidecker ZZP 18 (1893) 462. Kohler hat die Argumentation Heideckers in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß*, Berlin 1894, S. 559 f. aus obsoleten ökonomischen Erwägungen zurückgewiesen.

93 In den USA wird hierzu das „sub poena“-Verfahren angewandt. Der Reichsfinanzhof hat solche Anordnungen ebenfalls für zulässig erklärt. RFH, 27. 9. 1933 — JW 1933, 2722 (2723).

94 Hierzu insbesondere Ivo Schwartz, *Deutsches internationales Kartellrecht*, Köln-Berlin 1962, S. 270 und Rehbinder aaO S. 394 ff.

griff in die Souveränität eines anderen Staates bedeutet. Den Schwierigkeiten, die dadurch entstehen können, daß das inländische Recht etwas anordnet, was in dem anderen Staat nicht erlaubt ist (aus welchen Gründen auch immer), begegnet die amerikanische Rechtsprechung mit sog. „saving clauses“, d. h., daß sie im Grenzfall die Nichtbefolgung ihrer Anordnungen zuläßt ⁹⁵.

Positivrechtliche Vorschriften über die Zuständigkeit und Zulässigkeit, einer Person außerhalb des eigenen Staatsgebietes Handlungen verbieten zu können, fehlen naturgemäß vollständig. Nur in § 96 Restatement of Conflict of Laws ist diese Möglichkeit in folgenden Satz gefaßt worden: „A state can exercise through its courts jurisdiction to forbid a party, who is subject to its jurisdiction, to do an act in another state.“ ^{96, 97}

Damit wäre an sich die deutsche internationale Zuständigkeit für die Anordnung von im Ausland zu befolgenden Verboten auch dann zu bejahen, wenn in der Sache selbst deutsches materielles Recht angewandt wird. Auf dem Gebiet des Privatrechts wird dieses Problem nur dann akut, wenn auf einen sich im Ausland abspielenden Sachverhalt inländisches Recht als Entscheidungsgrundlage herangezogen wird, wie dies die deutsche Rechtsprechung in weitem Umfang bei Wettbewerbsstatbeständen mit Auslandsbeziehung (Wettbewerb zwischen zwei Deutschen auf dem ausländischen Markt) tut.

Bei der Behandlung des Unterlassungsanspruchs ist indessen bereits festgestellt worden, daß Unterlassungen auf dem Gebiet des Privatrechts nur dann für das Ausland ausgesprochen werden dürfen, wenn das betreffende ausländische Recht ebenfalls solche für zulässig erachtet. Die deutsche internationale Zuständigkeit kann somit zwar bejaht werden, es darf damit aber nicht auch auf die Anwendbarkeit des deutschen materiellen Rechts geschlossen werden. Welches Recht in der Sache selbst entscheidet, ist eine andere Frage, die unter 2. angeschnitten wurde.

⁹⁵ Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung bei Ivo Schwartz aaO S. 274 ff. Vgl. auch H. R., 2. 11. 1917 — W. 10 194 (trading with the enemy).

⁹⁶ Als Erläuterungsfälle werden das Verbot einer urheberrechtlich geschützten Ausführung in einem anderen Staat, ferner die Untersagung weiterer Störungen eines in einem anderen Staat belegenen Grundstücks gebracht. — Letzteres Beispiel wäre aber nach deutschem Recht aus dieser Gruppe auszuschneiden, da ausschließliche internationale Zuständigkeit des Belegenheitsstaates anzunehmen wäre, jedenfalls dann, wenn man Riezler, IZPR, S. 244, folgt.

⁹⁷ Auch das englische Recht anerkennt, daß Ausländern für das Ausland Befehle erteilt werden dürfen, soweit sie in einem inländischen (englischen) Verfahren Parteistellung besitzen. Siehe die interlocutory injunction im Fall *British Nylon Spinner, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd.* (1952) 2 All E. R. 780, 782 per Lord Evershed, Master of the Rolls. Vgl. ferner Dicey-Morris, *Conflict of Laws*, S. 200, 201, die eine injunction jedoch nur dann zulassen, wenn in England (also Inland) eine Handlung vorgenommen oder eine Störung unterbunden werden soll. Die genannte Entscheidung ist bei Dicey-Morris aaO nicht erwähnt.

4. Praktische Durchführung

Wie schon mehrfach betont, sind die deutschen Gerichte befugt, Unterlassungsanordnungen für das Ausland auszusprechen; die Unterlassungspflicht selbst richtet sich bei den hier in erster Linie zu untersuchenden Deliktstatbeständen nach der präsumtiven *lex loci delicti commissi* als *lex causae*. Infolge der mannigfachen Erscheinungsformen solcher Tatbestände ergeben sich aber im internationalen Privatrecht zahlreiche Konfliktslagen.

a) Monoterritoriale Deliktstatbestände

Der Sachverhalt liegt hier so, daß sich der gesamte Deliktstatbestand innerhalb des Gebietes eines einzigen Staates abspielt. Die Verletzung eines Rechts oder Rechtsgutes vollzieht sich allein im Bereich dieses Territoriums⁹⁸.

Da aber die Unterlassungsklage keine Sanktion gegen eine Rechtsverletzung darstellt, sondern nur weitere Rechtsverletzungen zu verhindern suchen soll, stellt sich die Frage, ob der Ort des Eingriffs in ein bestimmtes Recht oder Rechtsgut auch als Gefährdungsort angesehen werden kann. Diese Frage ist vorbehaltlos zu bejahen. Rechtsgefährdung und Rechtsverletzung können örtlich nicht auseinanderfallen. Eine Gefährdung eines Rechtes bzw. Rechtsgutes ist nur da möglich, wo auch die Verletzung desselben eintreten kann. Auch die absoluten Rechte nichtdinglicher Natur, die z. T. an das Personalstatut angeknüpft werden, machen davon keine Ausnahme. Die Ubiquität dieser Rechte läßt nur den Schluß zu, daß sie überall verletzt oder gefährdet werden können, nicht aber daß Verletzung und Gefährdung örtlich auseinanderfallen. Etwaige örtliche Verschiedenheiten hinsichtlich der Gefährdungs- und der Verletzungshandlung werden damit noch nicht verneint. Sie haben aber auf die Frage der Rechtsanwendung keinen Einfluß, solange es sich nicht um ein Staatsgebilde handelt, in dem mehrere Rechte nebeneinander gelten⁹⁹, also interlokale Konflikte entstehen können. Bei Sachgestaltungen der letzteren Art kann direkt an den durch äußere Umstände auszumachenden Deliktort angeknüpft werden, wenn der einzelne Deliktstatbestand allein im Bereich einer Teilrechtsordnung lokalisiert werden kann¹⁰⁰.

98 Welchen Einfluß etwaige Vorbereitungshandlungen, die in einem anderen Staat vorgenommen werden, für die Unterlassungsklage haben, wird weiter unten erörtert.

99 Wie in den USA, in Canada, Polen und Großbritannien, um nur einige zu nennen.

100 Für Polen würde also eine Verweisung auf Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über das interlokale Privatrecht vom 2. 8. 1926 nicht in Frage kommen. — In den USA selbst besteht kein einheitliches IPR. Vielmehr ist durch *Klaxon v. Stentor Electric* 312 U.S. 674 (1941) genau das Gegenteil statuiert worden. — Allgemein zu diesem Problem Ficker, Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts, Berlin-Tübingen 1952; de Nova, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi*, Pavia 1940; Vitta, *Conflitti interni ed internazionali*, 2 Bde., Torino 1954/55.

Sollten interlokal mehrere Rechte zur Anwendung berufen sein, so sind derartige Konfliktlagen in gleicher Weise wie die dyoterritorialen Delikte zu entscheiden.

Die bisherigen Ausführungen sind davon ausgegangen, daß ein Rechtsgut bzw. Recht in Frage steht, dessen Inhalt vom Deliktsstatut festgelegt wird, also Einheit zwischen materiellem Recht und Begehungsstatut herrscht, eine dritte Rechtsordnung demnach in keiner Beziehung hereinspielt.

Nun wird aber gerade im Bereich der absoluten Rechte teilweise an das Personalstatut angeknüpft, wie dies z. B. sowohl das RG¹⁰¹ als auch der BGH¹⁰² für das Namensrecht getan haben. Da hier die Frage, ob das zu schützende Recht besteht und auch teilweise welchen Schutz¹⁰³ es genießen soll, nach einer anderen Rechtsordnung als der normalen *lex causae* (Recht des Begehungsortes) beurteilt wird, haben wir hier die Sonderanknüpfung einer Vorfrage. Ob gerade für den Bereich des Deliktsrechts die Sonderanknüpfung von Vorfragen vorteilhaft ist, ist füglich zu bezweifeln, vor allem dann, wenn man die Schutznormen der *lex loci* entnehmen will und nicht dem auf die Vorfrage anzuwendenden Recht. Würde man gar die Schutznormen dem Sonderstatut entnehmen, dann wäre das Deliktsstatut nur noch *ordre public*-ähnliches Regulativ; fremden *ordre public* anzuwenden, wird indes aber meist abgelehnt¹⁰⁴.

Die deutsche Rechtsprechung macht aber mit der Sonderanknüpfung nicht ernst, sondern verfällt auf den wenig originellen Ausweg, indem sie diesen Rechten nur den Schutz des deutschen Rechts zukommen läßt (also der *lex fori* bzw. *lex causae*, sofern in Deutschland der Begehungsort liegt, was ausnahmslos in den genannten Entscheidungen der Fall ist). Damit ist die Bedeutung der Sonderanknüpfung auf die rein theoretische Ebene abgesunken. Eine praktische Wirkung kann allenfalls darin bestehen, daß die Widerrechtlichkeit der Rechtsverletzung nicht an das Recht des Deliktsstatuts angeknüpft wird, sondern an diejenige Rechtsordnung, die über die Vorfrage entscheidet. Anders gestaltet sich die Sachlage dann, wenn man der Lehre *Z i t e l -*

101 RGZ 29, 123 (128); RGZ 95, 268 (272); RGZ 100, 182 (185); RGZ 109, 213; RGZ 117, 215 = RG MuW XXVI (1926) 392 (393).

102 BGHZ 8, 318 (322); BGH, 24. 7. 1957 — GRUR 1958, 189 (195); BGH, 18. 12. 1959 — WRP 1960, 249 (254); ferner KG, 28. 5. 1901 — OLGE 3, 85; OLG Freiburg, 18. 1. 1951 — GRUR 1952, 524.

103 So das RG in RGZ 117, 215 (Eskimo Pie), indem es jedoch die Einschränkung machte, daß das deutsche Recht das Maximum sei. Es ging hier unausgesprochen von dem in Art. 12 EGBGB enthaltenen Gedanken aus. Gleichwohl wäre diese Feststellung unrichtig; denn deutsches Recht wäre auch als Deliktsstatut anzuwenden, so daß einer Berufung auf Art. 12 EGBGB von vornherein der Boden entzogen ist.

104 Vgl. Dölle, Der *ordre public* im internationalen Privatrecht, in Deutsche Landesreferate zum III. Intern. Kongreß für Rechtsvergleichung, Berlin u. Tübingen 1950, S. 397 (413 f.).

man n s¹⁰⁵ folgt; nach ihr richtet sich die aus den absoluten Rechten entspringende negative Verpflichtung nach demselben Recht, das auf das absolute Recht Anwendung findet. Damit würde aber ein Widerstreit zwischen dem auf das Namensrecht anwendbaren Personalstatut und dem Deliktsstatut nicht vermieden, sondern vielmehr heraufbeschworen. Zitelmann meint ferner, daß der Aufenthaltsstaat kein Interesse daran habe, die privatrechtliche Herrschaft über den Ausländer in Anspruch zu nehmen¹⁰⁶. Diese Feststellung bezieht sich aber nicht auf die vorgenannten Fälle; für diese macht er eine Ausnahme von seiner Regel¹⁰⁷. Für unseren Fall bedeutet dies, daß eine etwaige Sonderanknüpfung für Zitelmann nicht in Frage kommen kann. Über Bestand und Schutz der absoluten Rechte entscheidet der Aufenthaltsstaat, also die *lex loci delicti commissi*¹⁰⁸.

Eine generelle Antwort für das Namensrecht geben zu wollen, ist deshalb gefährlich, weil es sich hierbei um ein sehr komplexes Gebilde handelt, das schon innerhalb des Zivilrechts selbst mannigfache Beziehungen zu dessen einzelnen systematischen Teilen hat (Ehe-, Familien-, Obligationenrecht). Des weiteren ist das Namensrecht noch weitgehend von öffentlich-rechtlichen Normen beeinflusst (Staatsangehörigkeit, Verwaltungsrecht). Es kann hier also nur darum gehen, für den Bereich des zivilrechtlichen Namensschutzes eine Lösung zu suchen¹⁰⁹.

Ob jemand einen bestimmten Namen an sich führen darf, ist daher hier nicht weiter zu verfolgen, dies ist Aufgabe des internationalen Verwaltungsrechts¹¹⁰. Nur die Frage, ob dieser Name durch das Recht

105 IPR I, S. 100.

106 Diese These geht davon aus, daß der Aufenthalt eines Fremden nur von flüchtiger Dauer ist. Dies ist aber heute in weitem Umfang nicht mehr der Fall, man denke nur allein an die zahlreichen ausländischen Arbeiter in Frankreich, Deutschland, Belgien und den Niederlanden.

107 AaO S. 108.

108 Für das Namensrecht kommt Giesker-Zeller, *Der Name im internationalen Privatrecht*, Festschr. f. Georg Cohn, Zürich 1915, S. 201, zum gleichen Ergebnis. Ebenso Raape, IPR, S. 647, 648; Ficker, *Das Recht des bürgerlichen Namens*, Frankfurt/M. 1950, S. 178; Wirner, *Wettbewerbsrecht und IPR*, S. 127; Neumeyer, *Le nom des personnes—Etude de droit comparé et de droit administratif international*, RDILC 1939, 96-100; Gaja, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, Riv. dir. int. 1963, 73 (82 f.); E. Baur, *Der Schutz des ausländischen Namens und des ausländischen Handelsnamens in Frankreich*, Tübingen 1967, S. 72; J. Baur, *Zum Namensschutz im deutschen internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Handelsnamen*, AcP 167 (1967) 559 f.; a. A. Ruini, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, Temi 1953, 466 (475). Vgl. ferner noch Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano 1965, S. 103 f.

109 Anders verhält sich die Sache freilich bei den (territorial beschränkten) absoluten Rechten des Immaterialgüterrechts. Hier taucht die Frage einer besonderen Anknüpfung des absoluten Rechts erst gar nicht auf, weil das Deliktsstatut ausschließlich auch die Frage nach dem Bestehen des absoluten Rechts beantwortet.

110 Zumindest handelt es sich um zwingendes Privatrecht.

der *lex loci delicti commissi* geschützt wird, ist näher zu prüfen. Ein schiefes Bild entsteht dann, wenn man sich lediglich auf das Personalstatut stützen will, um eine Antwort darauf zu bekommen, ob eine Verletzung vorliegt und ob auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen geklagt werden kann.

Zu berücksichtigen ist, daß von einer Verletzung des Namensrechts erst dann gesprochen werden kann, wenn der Beklagte unbefugt den Namen des Klägers gebraucht. Dies läßt sich aber nur durch die Heranziehung der *lex loci delicti commissi* entscheiden. Das Personalstatut des Klägers allein vermag diese Frage nicht zu lösen, da in diesem Fall die Stellung des Beklagten nicht berücksichtigt werden würde. Wollte man allein das Personalstatut des Klägers anwenden, müßte man das gleiche auch für den Beklagten tun. Ob dessen Personalstatut sich mit der *lex loci* deckt oder nicht, ist gleichgültig; denn es könnte möglich sein, daß der Beklagte nach seinem Personalstatut zur Führung des umstrittenen Namens befugt sein könnte. Eine solche Konkurrenz der beiden Personalstatuten wäre wiederum nur durch die *lex loci* aufzulösen. Zu einer Lösung käme man dann allenfalls über das Hilfsmittel der Angleichung. Der geschilderte Konflikt ist indes von der *lex loci* nicht nur kollisionsrechtlich, sondern auch materiell-rechtlich zu entscheiden.

Somit ist allein die *lex loci* für die Voraussetzungen und Wirkungen des Namensschutzes maßgebend ¹¹¹, also auch dafür, ob auf Unterlassung geklagt werden kann.

Im Ergebnis wendet die deutsche Rechtsprechung ebenfalls die *lex loci* an, wenn ihr auch eine klare Grundlage fehlt. RG und BGH haben übereinstimmend entschieden, daß das deutsche Recht das Schutzmaximum darstelle ¹¹². Diese Entscheidungen sind deshalb als zutreffend zu erachten, weil in allen zur Entscheidung gelangten Fällen das deutsche Recht auch zugleich *lex loci delicti commissi* war. Allerdings zog in RGZ 117, 215 das RG auch das Personalstatut für den Umfang des Namensschutzes heran und machte nur die *lex loci* zur obersten Grenze des Schutzes. Später ging das RG ¹¹³ dazu über, auch die Voraussetzungen des Namensschutzes nach der *lex loci* zu beurteilen ¹¹⁴.

Offen bleibt nach dieser Rechtsprechung, wie entschieden werden würde, wenn die *lex loci* nicht deutsches Recht ist. Aus den Entscheidungen kann nicht entnommen werden, ob die deutsche Rechtsprechung den negatorischen Schutz der *lex loci* entnehmen würde, des weiteren, ob auch in diesen Fällen das deutsche Recht Schutzmaximum wäre.

¹¹¹ Im Ergebnis ebenso Raape, IPR, S. 647 f., der eine Parallele zum Sachenrecht zieht; ähnlich auch Ruini aaO S. 472. Siehe im übrigen Anm. 108.

¹¹² RGZ 100, 185; RG MuW XXVI (1926) 392, 393 (= RGZ 117, 215); BGHZ 8, 319.

¹¹³ Kronprinzenentscheidung; RG 11. 3. 1936 — GRUR 1937, 149.

¹¹⁴ Das in Anm. 113 genannte Urteil begründet seinen Schritt allerdings nicht näher.

Die Entscheidung ist dahin gehend zu treffen, daß die deutschen Gerichte den Schutz zu gewähren haben, den das anwendbare ausländische Recht zur Verfügung stellt. Es wäre ein allzu billiger Ausweg, hier mit dem ordre public-Gedanken arbeiten zu wollen, da sonst das ganze ausländische Recht auf die Ebene des deutschen Rechts gezogen werden würde.

Nach denselben Grundsätzen ist beim Handels- oder Firmennamen zu verfahren¹¹⁵. Hier besteht nach Art. 2 PVÜ für die Verbandsstaaten die Verpflichtung, die Angehörigen der Verbandsstaaten den eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich des Namensschutzes gleichzustellen. Diese Regelung ist jedoch insofern zweideutig, als sie nicht klar zum Ausdruck bringt, ob damit gemeint ist, daß der Handelsname im Gerichtsstaat verletzt sein muß oder nicht. Beide Auslegungen sind nach dem Wortlaut möglich. Die maßgebende Formulierung in Art. 2 PVÜ „les lois respectives“ hat wohl den Fall im Auge, daß eine Verletzung im Gerichtsstaat in Frage steht, lex fori und lex loci also zusammenfallen; sie deutet darauf hin, daß die Anwendung des materiellen Rechts der lex fori gemeint ist. Damit wird aber der Fall von Art. 2 PVÜ nicht gedeckt, wenn lex fori und lex loci auseinanderfallen. Eine Auslegung, die in jedem Fall die lex fori in materiell-rechtlicher Hinsicht anwenden wollte, widerspräche der innerstaatlichen Trennung von Kollisions- und Sachrecht. Ob die Verbandsstaaten eine derartige Verpflichtung eingehen wollten, erscheint fraglich. Indes kann bei einer weiten Interpretation von Art. 2 PVÜ auch der oben genannte Fall unter diese Bestimmung gebracht werden, und zwar dann, wenn man auch die Normen des IPR als „lois respectives“ ansieht¹¹⁶. Hier besteht auch Schutzgleichheit zwischen Einheimischen und anderen Verbandsangehörigen. Für beide richtet sich der Schutz nach der durch die lex fori für anwendbar erklärten lex loci. Es entsteht daher keine unterschiedliche Behandlung. Dem Hauptzweck des Art. 2 PVÜ wird damit Genüge getan. Man kann wohl nicht annehmen, daß Art. 2 PVÜ die Kollisionsnormen der lex fori ausschalten wollte. Auch wenn man dem Handelsnamen eine persönlichkeitsrechtliche Komponente nicht absprechen kann, so liegt seine wesentliche Bedeutung doch auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. Schon aus dieser rein praktischen Erwägung ergibt sich, daß er nicht anders angeknüpft werden kann als das übrige Wettbewerbsrecht. Sein Verhältnis zum Warenzeichenrecht tut ein übriges, die Zweckwidrigkeit der Anknüpfung an das Personalstatut evident wer-

115 Die angeführten Entscheidungen befassen sich fast ausnahmslos mit dem Handelsnamen. Vgl. hierzu auch E. Baur aaO und J. Baur aaO.

116 So Satter, Die Berner Urheberrechtskonvention und das internationale Privatrecht, Geistiges Eigentum I (1936) 253, für das ähnliche Problem beim Urheberrecht. Vgl. ferner Winer, Wettbewerbsrecht und IPR, S. 126 Anm. 23. Brandt, Die Benutzung ausländischer Firmennamen in Deutschland, Festschr. f. Werner vom Stein, Karlsruhe 1961, S. 19 ff., geht auf diese Problematik nicht ein.

den zu lassen, zumal ja im Bereich des Warenzeichenrechts allenthalben das Territorialitätsprinzip herrscht¹¹⁷. Für Inhalt und Schutz kann demnach nur die *lex loci* von Bedeutung sein.

Es wurde schon kurz darauf hingewiesen, daß die deutsche Rechtsprechung die Anwendung ausländischen Patentrechts fast ausschließlich ablehnt¹¹⁸. Diese Auffassung ist angesichts der Tatsache, daß ausländisches Warenzeichenrecht von den deutschen Gerichten angewandt wird¹¹⁹, längst revisionsbedürftig¹²⁰, da sie jeglicher Folgerichtigkeit entbehrt. Allein sich daran zu klammern, daß ein konstitutiver Verwaltungsakt eines ausländischen Staates mit im Spiele ist, ist ein zu dürftiges Argument, zumal man inzident z. B. bei Lizenzstreitigkeiten, um die Berücksichtigung ausländischen Patentrechts nicht herumkommt. Vorerst hat man sich jedoch mit dem Standpunkt der deutschen Rechtsprechung abzufinden. Nur das LG Düsseldorf¹²¹ hat in dem hier gewünschten Sinne entschieden; es sagte, daß eine Zuständigkeit für die Beurteilung einer Unterlassungsklage nach ausländi-

117 Hierüber Seligsohn, Die örtlichen Grenzen des Zeichenrechts, Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Reichspatentamts, Berlin 1927, S. 193 ff.; Röttger, Das Territorialitätsprinzip im Warenzeichenrecht, GRUR Ausl. 1964, 125 ff.; Birk, Die Grenzen des Territorialitätsprinzips im Warenzeichenrecht, NJW 1964, 1596 ff.; Ostertag, Territorialität oder Universalität im Markenrecht, Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Festgabe z. 70. Geburtstag von F. Goetzinger, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 10, Basel 1935, S. 212 ff. (französische Fassung: *Territorialité ou universalité dans le domaine du droit sur les marques*, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire* 1937, 1 ff.). Vgl. auch Riezler, Die räumliche Begrenzung des Privatrechts, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie für Wissenschaften — Phil.-histor. Klasse 1948 H. 2, München 1949, S. 16 ff.

118 Eine Ausnahme bildet lediglich LG Düsseldorf, 18. 3. 1958 — GRUR Ausl. 1958, 430.

119 RGZ 129, 385. S. hierzu auch Bussmann, Wettbewerbsverstöße und Warenzeichenverletzungen mit Auslandsbeziehung in der deutschen Rechtsprechung, Eranon in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. II, Athenis 1963, S. 157 ff. (177 f.).

120 Riezler, IZPR, S. 86; ders., Festgabe f. Rosenberg, S. 211 f.; ablehnend gegen eine Unterlassungsklage im Inland: Kohler, Lehrb. d. Patentrechts, S. 217; Seligsohn, Patentgesetz, 7. A., Berlin-Leipzig 1932, S. 145; Kisch, Handbuch des Patentrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, S. 177; Zeller, Gebrauchsmusterrecht, 2. A., Köln-Berlin 1952, S. 471; nur Jungmann-Elten, Internationales Patentrecht, 2. A., Berlin 1933, S. 37; Wengler, Die Belegenheit von Rechten, Festschr. d. Jur. Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin und Frankfurt 1955, S. 285 (302); Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962, S. 65, wohl auch Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. A., München-Köln-Berlin 1958, § 6 Anm. 3, und Benkard, Patentgesetz — Gebrauchsmustergesetz — Patentanwaltsgesetz, 4. A., München und Berlin 1963, § 6 Anm. 5, ferner Auerswald, Können Ansprüche wegen Verletzung eines ausländischen Patents vor deutschen Gerichten verfolgt werden? Festschr. f. Werner vom Stein, S. 8 (12); de lege ferenda Lindenmaier, Die Vereinheitlichung des materiellen europäischen Patentrechts, GRUR 1942, 485 (508) lassen eine Unterlassungsklage im Inland zu.

121 S. Anm. 118.

schem (französischem) Patentrecht nicht ausgeschlossen sei¹²². Die österreichische Rechtsprechung hat eine freiere Einstellung¹²³.

Wenden wir uns nunmehr den anderen Immaterialgüterrechten zu, nämlich dem Warenzeichen- und Urheberrecht. Diesen ist mit dem Patentrecht die territorial beschränkte Wirksamkeit gemeinsam, obwohl sie gleichfalls absolute Rechte sind wie das Namensrecht. Ihrer Natur nach sind sie eher universal¹²⁴ denn territorial ausgerichtet, da ihnen eine wie auch immer geartete persönliche Leistung zugrunde liegt, mithin eine Verbindung persönlicher Art zum Rechtsträger gegeben ist.

Worin die innere Rechtfertigung des Territorialitätsprinzips zu sehen ist, kann hier nicht weiter verfolgt werden¹²⁵. Hervorzuheben ist aber, daß nur das Recht des Staates, in dem eine Interessenkollision bezüglich eines Schutzrechtes erfolgt, zur Schlichtung dieses Interessengegensatzes berufen ist; dies macht es, wie beim Namensrecht, notwendig, auch den Inhalt der umstrittenen Befugnisse von dieser Rechtsordnung bestimmen zu lassen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, daß die Argumentation, die sich auf die territoriale Wirkung von Hoheitsakten stützt, als nicht tragfähig abgelehnt werden muß. Sowohl im Patent-¹²⁶ als auch im Warenzeichenrecht sind es nur wenige Staaten, bei denen ein gestaltender Hoheitsakt erst das Patent oder Warenzeichen zur Entstehung bringt. In den meisten anderen Staaten müssen nur gewisse im Gesetz aufgestellte Bedingungen erfüllt sein. In Deutschland kommt das Warenzeichen erst mit der Eintragung zum Entstehen; andere Staaten begnügen sich mit dem bloßen Gebrauch. Die Hinterlegung einer Marke (z. B. Frankreich) hat keine konstitutive Wirkung, so daß die Rechtfertigung des Territorialitätsprinzips aus einer Berufung auf das internationale Verwaltungsrecht in diesen Fällen nicht abgeleitet werden kann¹²⁷. Vollends versagt die internationalverwaltungsrechtliche

122 Das Gericht spricht zwar von Gerichtsbarkeit, meint aber internationale Zuständigkeit.

123 OLG Wien, 28. 3. 1960 — GRUR Ausl. 1960, 447.

124 Bekanntlich hat das RG anfangs in Anlehnung an Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 412 f., 446 f., auch das Warenzeichenrecht als Persönlichkeitsrecht nach dem Personalstatut beurteilt. Erst seit der Entscheidung RGZ 118, 76 (springendes Pferd) ist es zum Territorialitätsprinzip übergegangen. Kohler selbst hat später seine Meinung revidiert.

125 Dazu Riezler, IZPR, S. 84 ff.

126 Von einer Verleihung kann man auch in solchen Staaten nicht sprechen, in denen der Staat konstitutiv bei der Rechtsentstehung mitwirkt. Ein solcher Standpunkt würde sich auf die längst obsoleete Privilegientheorie stützen.

127 Diesen Unterschied beachtet Deutsch, Wettbewerbsstatbestände mit Auslandsbeziehung, Stuttgart 1962, S. 21, nicht genügend. Hinsichtlich des Ausstattungs-schutzes versagt eine Berufung auf das Internationale Verwaltungsrecht ohnehin. Vgl. Birk aaO S. 1597. Hier muß auch die internationalverwaltungsrechtliche Argumentation auf das Wettbewerbsrecht zurückgreifen.

Argumentation für das Urheberrecht. Das Urheberrecht¹²⁸ kommt ohne jegliche staatliche Mitwirkung zum Entstehen, maßgebend ist allein die geistige Schöpfung.

Durch die „Gewährung“ eines Patents oder Warenzeichens wird dem einzelnen Rechtsträger eine Sonderstellung eingeräumt, auf Grund derer er andere von der Benutzung ausschließen kann. Diese Stellung liegt nicht auf dem hoheitlichen, sondern dem privatrechtlichen Sektor. Aus sich heraus ergibt sich damit noch keine territoriale Beschränkung dieser Rechtsstellung¹²⁹. Das Privatrecht ist als solches noch keiner territorialen Beschränkung unterworfen. Eine dem einzelnen Recht per se inhärente Territorialität gibt es generell nicht¹³⁰. Erst die Kollisionsnorm schafft eine solche, indem sie für die *lex fori* den Anwendungsbereich abgrenzt. Sie führt, wie Troller¹³¹ es nennt, zur „Einheit von Schutzgebiet und originär bestimmtem Recht“.

Für die Kollisionsnorm, in unserem Fall die *lex loci delicti commissi*, ergibt sich dies aus folgenden Gründen: Wir haben schon beim Namensrecht darauf hingewiesen, daß nicht allein die aktive Seite, also die des Berechtigten, ins Auge gefaßt werden, sondern auch die passive, die des Verpflichteten, in die Überlegungen miteinbezogen werden muß. Würde man allein eine der beiden Seiten berücksichtigen, so würde man der anderen Unrecht tun. Es kann also kein Unterschied zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem hinsichtlich der Frage der Rechtsanwendung gemacht werden. Eine solche Gleichbehandlung läßt sich aber nur dann durchführen, wenn das Personalstatut des Berechtigten oder Verpflichteten beiseite gelassen wird und die Anknüpfung nur da vorgenommen wird, wo ihre Interessen kollidieren bzw. zu kollidieren drohen. Diese Kollision ist durch die *lex loci delicti commissi* (vel commissuri) rechtlich greifbar. Nur in ihrem Bereich kann in das aus Gründen des Verkehrs von ihr zu bestimmende Recht eingegriffen werden. Die beiden möglichen Personalstatuten müssen daher in dieser Weise „neutralisiert“ werden.

Für die einzelnen Immaterialgüterrechte richtet sich also nach dieser Rechtsordnung auch ein etwaiger Anspruch auf Unterlassung. Das

128 Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld, Zum internationalen Urheberrecht außerhalb der Konventionen, *Ufita* 37 (1962) 281 ff., ferner Satter aaO und Ubertaini, Osservazioni per uno studio interno ai diritti sui beni immateriali nel diritto internazionale privato, *JUS-Riv.sc. giur.* 1955, 426 ff.

129 Troller, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel 1952, S. 49, 50, verneint dies zwar, kommt aber unter unbewußter Verwendung der Ago'schen Inkorporationstheorie zu unserem Ergebnis. Das Territorialitätsprinzip der *lex loci* wird in die *lex fori* mittels der Kollisionsnorm übernommen.

130 Über Normen, die ihren Anwendungsbereich selbst beschränken, s. die Ausführungen bei de Nova, *I conflitti di legge e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *Dir. int.* 1959, 13 ff.

131 IPR, S. 48.

gleiche hat für den unlauteren Wettbewerb zu gelten, solange er sich innerhalb eines Staatsgebietes abspielt. Eine Differenzierung hinsichtlich einzelner Tatbestandsgruppen des unlauteren Wettbewerbs braucht deshalb nicht vorgenommen zu werden. Auch wenn man das Urheberrecht, wie die dualistische Theorie, in einen persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteil zerlegen wollte, käme für das Urheberpersönlichkeitsrecht eine Anknüpfung an das Personalstatut aus den dargelegten Gründen nicht in Betracht ¹³².

Als Ergebnis können wir sonach festhalten, daß sich der Unterlassungsanspruch nach der *lex loci „delicti commissi“*, also dem Recht des Gefährdungsortes, beurteilt.

b) Dyoterritoriale Deliktstatbestände

Im Gegensatz zu den unter a) behandelten Fällen geht es bei dieser Gruppe nicht um eine etwaige unterschiedliche Anknüpfung der verschiedenen Rechte und Rechtsgüter, sondern um die kollisionsrechtliche Problematik solcher Verletzungen und Gefährdungen, die sich über mehrere Gebiete erstrecken; sei es, daß Verletzung und Gefährdung in mehreren Staaten eintreten, sei es, daß Handlungs- und Verletzungs- bzw. Gefährdungsort territorial auseinanderfallen, also in verschiedenen Rechtsgebieten liegen. Das Problem ist hiernach, die sachgerechteste Anknüpfung zu finden, und zwar nach dem Zweck unserer Untersuchung vor allem für die Unterlassungsklage ¹³³.

Für Schadensersatzansprüche erfolgt die Anknüpfung heute fast ausschließlich an das Recht des Begehungsortes, an die *lex loci delicti commissi*. Dieser Grundsatz geht bekanntlich schon auf die Statuten-theorie in ihren frühesten Anfängen zurück. Er entbehrte damals auch nicht der genügenden Schärfe, da die Lebenstatbestände einfach und gut überschaubar waren. Besondere Anknüpfungsprobleme entstanden nicht. Erst als Ulrich Huber das theoretische Beispiel vom „berühmten“ Schuß über die Grenze einführte, kam wieder etwas mehr Leben in die Diskussion um die Frage des internationalen Delikts-

132 Anderer Ansicht: G. A. Koumantos, *Problemata diethnous prostasias tes pneumatikes idioktesias*, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. III, Athenis 1964, S. 91 ff. (103), der das *droit moral* an die Staatsangehörigkeit des Urhebers anknüpfen will. Soweit der vermögensrechtliche Teil des Urheberrechts betroffen ist, soll der Begehungsort entscheiden. Desbois, *Les droits d'auteur et le droit international privé français*, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. III, S. 29 ff. (45), will das Urheberrecht (in all seinen Beziehungen) dem Recht des Staates unterstellen, in dem das Werk zuerst veröffentlicht wird.

133 Das Schrifttum zum internationalen Deliktsrecht, so relativ umfangreich es ist, hat fast ausschließlich nur den Schadensersatzanspruch zum Gegenstand seiner Untersuchung gemacht. — Soweit die Unterlassungsklage überhaupt in diesem Fragenkomplex gestreift worden ist, was fast nur die Literatur zum gewerblichen Rechtsschutz getan hat, erschöpft sich die Behandlung in mehr oder weniger pauschalen Bemerkungen, deren Anführung daher unterlassen werden kann.

rechts, die in der Wächter'schen¹³⁴ - Savigny'schen¹³⁵ Anwendung der lex fori zu einem neuen Abschluß gekommen war^{136, 137}.

Indes wandte man sich alsbald von dieser Auffassung wieder ab und fand zum guten, alten Prinzip zurück. In der Folgezeit, man kann sagen bis heute, wurde dieser Grundsatz in geradezu bewundernswerter Penetranz befolgt. Nur gewisse Bereiche, wie z. B. das Seerecht, bereiteten Schwierigkeiten, das Prinzip mit dogmatischer, ja axiomatischer Starrheit zur Durchführung zu bringen¹³⁸. So gelangen in diesem Bereich die Lösungen der Rechtsprechung sehr oft zu reinen Zufallsergebnissen¹³⁹.

Einer allgemeinen Differenzierung verhalf erst die „proper-law“-Doktrin von Morris¹⁴⁰ zu einem gewissen Durchbruch, die jedoch noch heute als kleine Mindermeinung (von der Rechtsprechung ganz abgesehen) anzusprechen ist, und auch von einem großen Teil der Literatur abgelehnt wird^{141, 142}.

Das schon oben erwähnte Beispiel des „Schusses über die Grenze“ spukt noch allenthalben als Paradebeispiel herum. Doch gerade dieses Beispiel zeigt die Gefahr einer ausschließlich dogmatischen Betrachtungsweise der Probleme des internationalen Deliktsrechts. So hat der Verfasser bei der Auswertung von ca. 480 europäischen Entscheidungen eine einzige Entscheidung dieser Art gefunden¹⁴³. Dies beweist u. E. zur Genüge, wie verfehlt es ist, an derartigen Fällen dogmatische Erkenntnisse gewinnen zu wollen. Eine weitere Fehlerquelle liegt in der axiomatischen Formulierung der lex loci, die für sich genommen sowieso nur eine Leerformel darstellt. Als Beweis mag dafür dienen, daß eine große Gruppe im internationalprivatrechtlichen Deliktsrecht, nämlich die Schiffskollision, seit jeher in mancher Beziehung eine von der lex loci abweichende Lösung gefunden hat, so vor allem die Frage der beschränkten Reederhaftung, die in diesem Zusammenhang besonders oft auftaucht.

134 AcP 25 (1842) 389.

135 System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849, S. 278.

136 Auch einige gerichtliche Entscheidungen aus der gemeinrechtlichen Judikatur schlossen sich der damals „modernen“ Auffassung an. Vgl. etwa OT Stuttgart SA 2 Nr. 4.

137 Als einzige Kollisionsnorm hatte Art. 6 S. 2 des griechischen Zivilgesetzbuches vom 29. Oktober 1856 die Anwendung der (griechischen) lex fori vorgeschrieben.

138 Zitelmanns Versuch, als Deliktort den Handlungsort aus dem Völkerrecht ableiten zu wollen, muß als fehlgeschlagen betrachtet werden. Gleichwohl gebührt ihm das Verdienst, die einzelnen Fragen in unübertroffener Schärfe erkannt und dargestellt zu haben.

139 Ein derartiger Wirrwarr besteht vor allem bei der Reederhaftung.

140 The proper law of a tort, 64 Harv. L. Rev. 881 ff. (1950-51).

141 Vgl. Neuhaus, RabelsZ 16 (1951) 651 ff.

142 Neuestens hat Henrich, RabelsZ 28 (1964) 368, eine gruppenbildende Anknüpfung gefordert.

143 RGZ 54, 198.

Ein weiterer Grund für eine Revision der bisher vertretenen, starren Lösung¹⁴⁴ ist auch die ungeheure Zunahme des internationalen Verkehrs. Diese führte zu einer nie gekannten Mannigfaltigkeit von Sachverhalten, die wohl schwerlich in eine einzige starre Formel gepreßt werden können. Die USA geben dafür ein beredtes Beispiel. Dort sind in jüngster Zeit sowohl in der Literatur¹⁴⁵ als auch in der Rechtsprechung Tendenzen festzustellen, die dem alten Schema den Rücken kehren.

Ist aber nicht nur das Prinzip der *lex loci* selbst einer Neuorientierung zuzuführen, so ist in mancher Beziehung der Begriff des Begehungsortes neu festzulegen, da sich in den letzten Jahrzehnten eine Wandlung in der Konzeption des Schadensersatzes vollzogen hat. Von der Verschuldenshaftung weg tendiert diese immer mehr zu einer gerechten Risikoverteilung¹⁴⁶. Welche Konsequenzen aus dieser Entwicklung zu ziehen wären, kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden¹⁴⁷.

Für die Behandlung des Unterlassungsanspruchs ergibt sich somit, daß nicht einseitig irgendein Gesichtspunkt zum Nachteil eines anderen überbetont werden darf, sondern daß bei Bedarf gewisse Differenzierungen zu machen sind.

Zunächst ist zu untersuchen, ob sich mit der Unterlassungsklage Vorbereitungshandlungen verhindern lassen, die im Staat A vorgenommen werden und zu einer Verletzung eines subjektiven Rechts bzw. Rechtsguts im Staat B führen können. Die Schwierigkeit besteht hier darin, eine Unterscheidung zwischen rechtlich relevantem und irrelevantem Handeln zu treffen; dazu kommt noch, daß die Vorbereitungshandlungen außerhalb des Gefährdungsgebietes vorgenommen werden. Die Rechtsprechung hat im internationalen Schadensersatzrecht diese Schwierigkeit damit auszuräumen versucht, indem sie in oft unzuträglicher Weise den Begehungsort ausgedehnt hat, um solche Handlungen mit erfassen zu können. Begünstigt hat dies die deutsche Rechtsprechung vor allem durch die These, daß Begehungsort sowohl der Handlungs- wie auch der Erfolgsort sei. Diese These ist aber nur dann zutreffend, wenn Handlung und Erfolg beim Delikt in neutrale Hälften aufgeteilt werden können. Dies ist augenscheinlich nicht der Fall, und zwar unabhängig davon, ob man im Deliktsrecht mehr

144 Die jüngste monographische Darstellung von Vander Elst versucht z. B. immer noch alle mit dem Deliktsrecht auftauchenden Fragen an die *lex loci* anzuknüpfen. In die gleiche Richtung geht auch Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris 1961.

145 Hervorzuheben sind besonders Ehrenzweig und Currie (beide in zahlreichen Aufsätzen).

146 Symptomatisch dafür ist der Titel des Buches von A. A. Ehrenzweig, *Negligence without fault*, New York 1951.

147 Die allgemeine Richtung scheint uns Binder in seinem Aufsatz in *RabelsZ* 19 (1955) 401 ff. im Ansatz aufgezeigt zu haben.

die Sanktion gegen schadensstiftende Handlungen¹⁴⁸ sieht, also die Handlungsseite betont, oder ob man mehr die schadensausgleichende Funktion in den Vordergrund stellen will. Maßgebender Bezugspunkt bleibt bei der Handlung wie beim Erfolg der Schutz des Rechts oder Rechtsgutes. Handlungen sind für sich genommen nicht rechtswidrig, sie werden es erst, wenn sie zu einer Rechtsverletzung führen bzw. führen können. Die Handlung als solche ist indifferent. Der Ansatzpunkt ist demnach dort zu suchen, wo die Handlung rechtswidrig wird, das ist aber dort, wo in das Recht eingegriffen wird¹⁴⁹. Ob man diesen Ort als Handlungs- oder Erfolgsort bezeichnen will, ist weniger von Bedeutung. Unter dem Begriff Erfolgsort ist sehr verschiedenes verstanden worden, so z. T. auch der Schadensort¹⁵⁰. Auch die berühmte und oft angegriffene¹⁵¹ „last-event-rule“ des Restatement in § 377 („The place of wrong is in the state where the last event necessary to make an actor liable for an alleged tort takes place.“) umfaßt auch unseren Lösungsvorschlag. Die geforderte Flexibilität wird dadurch nicht beeinträchtigt. Im Einzelfall ist immer noch zu fragen, wo das Rechtsgut, in das eingegriffen wird bzw. eingegriffen werden kann, zu zentralisieren ist. Man kann also sagen, daß unser Vorschlag weniger eine Lösung bietet, vielmehr die Frage lediglich anders stellt, da der Schwierigkeiten noch genug übrigbleiben^{152, 153}.

Dies bedeutet für Tatbestände, bei denen Handlungs- und Erfolgsort (im traditionellen Sinne verstanden) auseinanderfallen, daß es nur

148 So will Ehrenzweig für das Kollisionsrecht die Unterscheidung zwischen admonitorischer Haftung und Risikohaftung für die Anknüpfung treffen. Vgl. Rabel-Festschr. Bd. I, S. 655 ff.; ders. schon in *Alternative actionability in the conflict of laws of enterprise liability*, 63 *Jurid. Rev.* 39 ff. (43) (1951).

149 Vgl. auch Schneeweiß, *Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsort im deutschen internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung*, Diss. Köln 1959, S. 64.

150 So Batiffol, *Traité*, Nr. 560 (S. 609).

151 Als besonderer Gegner des Restatement und des § 377 im besonderen hat sich Ehrenzweig in zahlreichen Aufsätzen hervorgetan.

152 In der italienischen Literatur ist teilweise die Ansicht vertreten worden, daß zur Vollendung des deliktischen Tatbestandes der Eintritt eines Schadens notwendig, also Tatbestandsmerkmal, sei. Vgl. hierüber Neuner, *Interesse und Vermögensschaden*, *AcP* 133 (1931) 304.

153 Nicht übersehen wird, daß Art. 1382 C.c. mehr die Schadensverursachung und weniger die Rechtsverletzung betont. Dies hindert aber die obige Feststellung nicht, daß von einem Schaden erst dann gesprochen werden kann, wenn zuvor irgend etwas verletzt worden ist.

Art. 1382 C.c. enthält sich lediglich einer Aufzählung einzelner Rechte und Rechtsgüter. Die Generalklausel des Art. 1382 C.c. (ebenso Art. 1401 B. W.) trifft nur keine Beschränkung auf einzelne Rechte und Rechtsgüter. Der Rechtsprechung fällt hier die Aufgabe zu, die einzelnen zu schützenden Positionen herauszuarbeiten. Man vergleiche dazu die in Mazeaud-Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II und III aufgeführten Gruppen. Wesentlich ist dieser Regelung, daß sie im Gegensatz zum Enumerationsprinzip des deutschen Rechts keine Lücken entstehen läßt.

einen Begehungsort geben kann und nicht zwei¹⁵⁴, wie das RG annahm und dabei dem Verletzten die Wahl des günstigeren Rechts zubilligte.

Bei den sog. multi-state-Delikten, Delikte, bei denen meist von einem Staat aus gehandelt worden ist, aber in zahlreichen anderen Staaten ein Erfolg eingetreten ist (Zeitungs- und Rundfunkdelikte), besteht nur ein quantitativer Unterschied zu den dyoterritorialen Tatbeständen. Um eine Kombination von mono- und dyoterritorialem Tatbestand handelt es sich, wenn in einem Staat gehandelt worden und in diesem Staat *und* in einem anderen der Erfolg eingetreten ist. Hier sind die Rechte beider Staaten zu berücksichtigen.

Die Zubilligung von Schadensersatz (bei dyoterritorialen Delikten) nach dem Recht des Handlungsortes, an dem noch gar keine Tatbestandsverwirklichung eingetreten war, ist abzulehnen. Die Gründe des RG für die Anknüpfung an den Handlungsort können hier beiseite gelassen werden. Meistens geschah es, um zur Anwendung deutschen Rechts zu gelangen; denn bei der Mehrzahl der vom RG entschiedenen Fälle wurden in Deutschland Handlungen vorgenommen. Damit war auch ohne weitere Schwierigkeiten der Erlaß eines Unterlassungsurteils möglich, so daß für die Zukunft gewisse Handlungen gleich im Keime erstickt werden konnten¹⁵⁵. Ein anderer Weg wurde dadurch beschritten, daß auf den Wettbewerb zwischen deutschen Wettbewerbern im Ausland deutsches Recht als gemeinsames Heimatrecht angewandt wurde. Auch so kam man zu dem gleichen Ergebnis¹⁵⁶.

154 Speziell für den unlauteren Wettbewerb K. Troller, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, Freiburg i. S. 1962, S. 118.

155 Urteile, in denen es um die *Unterlassung bestimmter Handlungen* ging: RGZ 18, 28 (37); RG, 14. 11. 1889 — SA 45 Nr. 264; RGZ 29, 123 (128); RGZ 95, 268 (272); RGZ 99, 131 (136); RGZ 100, 182 (186); RGZ 109, 213; RGZ 117, 215; RG, 20. 4. 1928 — JW 1928, 1456; RG, 5. 1. 1932 — JW 1932, 1844 (1846); RG, 13. 4. 1932 — GRUR 1932, 755 (757); RG, 28. 1. 1939 — SA 93 Nr. 90; KG, 28. 5. 1901 — OLGE 3, 85; KG, 23. 3. 1912 — NZ 30 (1922-23) 263; OLG Hamburg, 12. 5. 1933 — MuW XXXIII (1933) 479; BGHZ 8, 318 (319); BGH, 11. 1. 1955 — GRUR 1955, 411 (413); BGHZ 22, 1 (13); BGH, 24. 7. 1957 — GRUR 1958, 189 (195); BGH, 18. 12. 1959 — WRP 1960, 249 (253); BGHZ 35, 329; BGHZ 40, 391 (398); OLG Freiburg, 18. 1. 1951 — GRUR 1952, 524; OLG Köln, 25. 2. 1953 — GRUR 1953, 396 (397); LG Düsseldorf, 18. 3. 1958 — GRUR Ausl. 1958, 430 (431); OLG Hamburg, 11. 2. 1960 — WRP 1960, 220.

156 Für die *Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts beim unlauteren Wettbewerb* haben sich folgende Entscheidungen ausgesprochen: RGZ 140, 25 (29); RGZ 150, 265 (270); BGHZ 14, 286; BGHZ 22, 1 (18); BGHZ 40, 391 (397). Die letzte Entscheidung bricht zwar mit der prinzipiellen Geltung des gemeinsamen Heimatrechts, befürwortet sie aber dennoch dann, wenn der unlautere Wettbewerb ausschließlich gegen den inländischen Wettbewerber gerichtet ist. — Aus der besonderen Situation des Wettbewerbs heraus, ist eine Anknüpfung an das gemeinsame Heimatrecht unzweckmäßig, da sie teilweise inländische Wettbewerber benachteiligt. Die Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts kann jedoch in manch anderen Fällen durchaus angemessen sein.

Daß die Lösung des RG, die dem Kläger die Wahl des günstigsten Rechts einräumte, für den Unterlassungsanspruch nicht brauchbar ist, dürfte einleuchtend sein. Entweder ist ein bestimmtes Handeln zu unterlassen oder nicht, vom Willen des Klägers kann dies jedenfalls nicht allein abhängen. Nimmt eine Handlung in einem Staat ihren Ausgang, wirkt sich aber erst in einem zweiten Staat aus (sei es als Rechtsverletzung, sei es, daß sie dabei mit dortigen rechtlich geschützten Interessen kollidiert wie beim unlauteren Wettbewerb), so gilt es nunmehr die Frage zu beantworten, ob und gegebenenfalls wo eine Untertragungsmöglichkeit für weitere Handlungen besteht. Die Rechtsprechung gibt darauf keine Antwort, da sie fast stets zur Anwendung deutschen Rechts kam und hierüber spezielle Erwägungen vermissen läßt. Auszuscheiden ist zunächst die Frage, ob die *lex fori* die internationale Zuständigkeit für Unterlassungsklagen besitzt¹⁵⁷; ferner, ob irgendwelche Gesichtspunkte des *ordre public* die Verurteilung zu einer Unterlassung, die im Ausland wirksam werden soll, hindern. Für das dyoterritoriale Delikt kommen daher zwei Möglichkeiten in Betracht:

(1) Inland — Ausland;

(2) Ausland — Ausland.

Qualitativ besteht an sich zwischen diesen beiden Formen kein Unterschied, doch ist im Fall (1) das eventuelle Zusammenfallen von *lex fori* und *lex loci* nicht zu unterschätzen, wie die Rechtsprechung des RG zeigt, das bemüht war, die *lex fori* auch zur *lex loci* zu machen, selbst in solchen Fällen, in denen diese Lösung als allzu weit gehend abzulehnen ist.

Im Fall (1) ist vor allem die Gruppe von Vorgängen problematisch, in denen vom Inland aus Handlungen vorgenommen werden, die erst in einem anderen Staat etwa zum unlauteren Wettbewerb führen, um das in praxi häufigste Beispiel zu erwähnen. Können derartige Handlungen mit Hilfe der Unterlassungsklage auch für das Inland verhindert werden? Ein besonderes Interesse besteht für die *lex fori* an sich nicht, eine solche Handlung zu untersagen¹⁵⁸. Ein derartiges Verbot rechtfertigt sich nur dann, wenn die Handlung auch gegen Normen der *lex fori* verstößt. Gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts finden wir Normen, die eine Unterlassungsklage schon dann zulassen, wenn von einem Schaden noch gar nicht gesprochen werden kann. In diesen Fällen ist es durchaus möglich, daß die *lex fori*, besser der „Handlungs“ort, diese Handlungen rechtlich verhindern kann. Als Nebenfolge

157 Vgl. oben 3. Die internationale Zuständigkeit impliziert nach der hier vertretenen Auffassung noch nicht die materiell-rechtliche Zulässigkeit solcher Klagen. Dieser Unterschied wird im amerikanischen Recht (wie im englischen) nicht gemacht, dort wird die Frage nur unter dem Blickpunkt der *jurisdiction* gesehen.

158 Anders das RG und der BGH für die Fälle der Anwendung gemeinsamen Heimatrechts.

ergibt sich aus dieser Auffassung, daß der Schadensersatzanspruch an ein anderes Recht angeknüpft wird als der Unterlassungsanspruch¹⁵⁹. Es kann bei dieser Auffassung der Unterlassungsanspruch sowohl durch das am Handlungsort als auch durch das am Erfolgsort geltende Recht gegeben sein, während ein Schadensersatzanspruch nur am Erfolgsort in Frage kommen kann, bei Wettbewerbshandlungen also der Ort der Interessenkollision¹⁶⁰. Die *lex fori* (= *lex loci*) ist natürlich immer berechtigt, jedweden Verstoß gegen ihre Normen zu ahnden, aber nur dann, wenn es sich auch wirklich um einen Verstoß gegen diese handelt und nicht, wenn dieser nur scheinbar gegeben ist. Auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs ist dies dann nicht der Fall, wenn die Wettbewerbsmaßnahme nach inländischem Recht zwar wettbewerbswidrig ist, obwohl sie nur im Inland getroffen worden ist, um in den Wettbewerb auf einem ausländischen Markt eingreifen zu können. Die der Handlung innewohnende Finalität muß demnach auf den inländischen Markt bezogen sein, um von § 1 UWG erfaßt zu werden. Ist die Handlung also nur darauf gerichtet, in den ausländischen Markt einzugreifen, so steht ein Unterlassungsanspruch nach UWG nicht zur Diskussion, da § 1 UWG eben nur den deutschen Wettbewerb im Auge hat¹⁶¹.

Sonach können Maßnahmen, die ihren Charakter als *Wettbewerbs-*handlungen erst dadurch empfangen, daß sie sich auf einen ausländischen Markt beziehen, in Deutschland nicht mittels der Unterlassungsklage verhindert bzw. unterbunden werden. Das gleiche gilt naturgemäß für Vorbereitungshandlungen jeglicher Art; sie sind ja in dem Staat, in dem sie vorgenommen werden, ebenfalls wettbewerbsrechtlich irrelevant, sofern sie nicht speziell geschützte Rechte, wie z. B. Warenzeichen oder Patente, verletzen¹⁶².

In entsprechender Weise ist im Fall (2) zu entscheiden. Irgendwelche Inlandsinteressen der *lex fori* haben hier noch weniger eine Rolle zu spielen, seien sie auch nur psychologischer Natur. Der Be-

159 So in der Tat Rud. Schmidt, Der Ort der unerlaubten Handlung im IPR, Festschr. f. H. Lehmann, Berlin 1937, S. 183 Anm. 49.

160 Wörner aaO S. 105 wendet sich freilich gegen ein derartiges Auseinanderfallen der beiden Ansprüche, vermag aber dafür keine Begründung anzuführen. Im Ergebnis wohl wie hier Wengler aaO S. 418, der nur das Warenzeichenrecht im Auge hat.

161 Im Ergebnis (allerdings ohne Berücksichtigung der Unterlassungsklage) auch K. Troller aaO S. 118. Zwar will der BGH § 1 UWG auch auf im Ausland vorgenommene Wettbewerbshandlungen erstrecken und lediglich die Frage der Sittenwidrigkeit nach der im Ausland herrschenden Anschauung beurteilen. Damit kommt man praktisch zu einer Sonderanknüpfung der Rechtswidrigkeit, einer Teilfrage i. S. von Serick, RabelsZ 18 (1953) 633 ff. Diese Auffassung ist aber deshalb abzulehnen, da sie die dem Wettbewerbsrecht innewohnende territoriale Beschränkung mißachtet.

162 Wie man das Erfordernis des Inverkehrbringens festlegen will, steht hier nicht zur Diskussion. Darüber Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiete des Gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, Berlin-Köln 1954, S. 291 ff.

klage kann also im Inland nur dann zur Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen verurteilt werden, wenn diese durch das Recht des Staates, in dessen Markt sie eingreifen sollen, untersagt werden können. Es ist daher die Meinung *Gloedes*¹⁶³ abzulehnen, der mit seiner These, daß der Geschäftssitz des potentiellen Verletzters der „geistige Mittelpunkt“ künftiger Verletzungen sei, wieder zur Lehre des RG zurückkehrt und damit jegliche Vorbereitungshandlung mit der Unterlassungsklage erfaßt. Es kommt nämlich nicht darauf an, *woher* die Gefahr kommt, sondern *wo* sie sich möglicherweise aktualisiert. Das *Woher* kann nur in dem Fall berücksichtigt werden, wenn es vom selben Unterlassungsanspruch „beherrscht“ wird wie das *Wo* oder einen selbständigen Unterlassungsanspruch auslöst.

c) Multi-state-Delikte

Zu Schwierigkeiten führt unsere Auffassung allerdings bei den multi-state-Delikten, bei denen die Wirkungen (i. S. von Erfolg) einer Handlung in zahlreichen Staaten eintreten können, ihren Ausgang aber nur in einem Staat nehmen, z. B. die Presse-, Rundfunk- und Fernsehdelikte¹⁶⁴. Besteht hier die Möglichkeit die zu einer Verletzung führende Handlung schon an ihrem Ausgangspunkt „abzufangen“, da hier dem „Übel“ am wirksamsten zu Leibe gerückt werden könnte?

Faktisch handelt es sich bei den genannten Delikten ohne Zweifel um einen einheitlichen Vorgang, jedoch nicht rechtlich; denn insoweit wird dieses Gesamtgeschehen in so viele rechtlich verselbständigte Einzelhandlungen zerlegt, als Staaten betroffen werden¹⁶⁵. Für die Unterlassungsklage bleibt aber auch hier zu betonen, daß eine solche Handlung für ihren Vornahmeort nur dann verboten werden kann, wenn diese dort nicht erlaubt ist, also bereits irgendwelche Rechte oder Rechtsgüter bedroht. Besteht eine derartige Konstellation aber nicht, so kann eine solche Handlung nicht für den Vornahmeort untersagt werden¹⁶⁶, auch dann nicht, wenn man diese Delikte einheitlich an einen ihnen gemäßen Schwerpunkt anknüpfen will. Eine einheitliche Anknüpfung ist für den Unterlassungsanspruch nicht möglich; ob dies auch für den Schadensersatzanspruch zutrifft, ist eine andere Frage.

163 Der Anwendungsbereich des deutschen Wettbewerbsrechts nach deutschem internationalem Privatrecht, Diss. Hamburg 1960, S. 168; ders., GRUR 1960, 464 (471).

164 Näheres über Pressedelikte in „Der Widerrufs- und Gegendarstellungsanspruch“ (unten).

165 Binder aaO S. 475; Deutsch, Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehung, S. 54.

166 So auch Learned Hand in *RCA MFG Co., Inc. v. Whitman et al.* 114 F. 2d 86 (1940), wo nur in einem Staat die Handlung als unlauterer Wettbewerb angesehen und eine Klage auf Unterlassung weiterer derartiger Handlungen am Sendeort abgelehnt wurde.

Umgekehrt ist es natürlich möglich, eine Handlung am Vornahmeort (z. B. Sendeort) zu verhindern bzw. zu unterbinden, auch wenn sie in einem anderen Staat (z. B. einem Empfangsstaat) vorgenommen werden darf. Unzuträglichkeiten dieser Art sind wohl unvermeidbar, solange Unterschiede im materiellen Recht bestehen. Für den Unterlassungsanspruch ist deshalb eine einheitliche Anknüpfung nicht möglich, da sie dazu führen würde, daß Handlungen, die in einem Staat erlaubterweise vorgenommen werden dürfen, auf Grund des Rechtes eines anderen Staates verboten werden könnten.

5. Der Beseitigungsanspruch

a) Absolute Rechte (außer Grundeigentum)

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß zwischen dem Beseitigungsanspruch und dem Anspruch auf Unterlassung ein enger Zusammenhang besteht. Gleichwohl ist der Beseitigungsanspruch ein Anspruch eigener Art — er ist darauf gerichtet, die Quelle weiterer Störungen beseitigt verlangen zu können¹⁶⁷.

Sofern es sich um Störungen handelt, die im Belegenheitsstaat ihren Ausgang nehmen und auf eine sich dort befindliche Sache einwirken¹⁶⁸, entstehen keine besonderen Schwierigkeiten. Der in diesem Fall meist sachenrechtliche Anspruch¹⁶⁹ auf Beseitigung und Unterlassung richtet sich eindeutig nach der *lex rei sitae*¹⁷⁰, die ja leicht auszumachen ist¹⁷¹.

Für die anderen Fälle, in denen ein Beseitigungsanspruch in Frage kommt, wie im deutschen Recht ausdrücklich in § 12 BGB, in § 11 WZG¹⁷² (Beseitigung durch Löschung in der Zeichenrolle) usw. oder

167 Allgemein zum Beseitigungsanspruch: R. Schmidt, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Stuttgart 1924, und Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 ff.

168 Über die internationale Zuständigkeit vgl. unten b) aa).

169 Auch die deliktsrechtliche Anknüpfung des Beseitigungsanspruches führt zum gleichen Ergebnis.

170 Statt vieler Raape, IPR, S. 586 ff., und Schnorr von Carolsfeld, Vier Fragen aus dem Schadensersatzrecht, Festschr. f. E. Molitor, München und Berlin 1962, S. 381.

171 In RGZ 32, 414 sieht das RG die deutsche internationale Zuständigkeit auch dann als gegeben an, wenn über sachenrechtliche Tatbestände zu entscheiden ist, die ein ausländisches Grundstück betreffen. In gleicher Weise hat der österreichische OGH, 2. 2. 1927 — ZBl. 45 (1927) 382 entschieden (Klage auf Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine auf einem italienischen Grundstück lastende Hypothek). Bei der richtigen Würdigung dieser beiden Entscheidungen darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Parteien jeweils Angehörige des Forumstaates waren. Gegen die Entscheidung des OGH Wahle, RabelsZ 4 (1930) 11 f.; Pirk, Bespr. von Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, GrünhZ 31 (1904) 765 (770), bejaht z. B. in den obigen Fällen die internationale Zuständigkeit des Forums, weil der Beklagte in dessen Bereich seinen Wohnsitz habe, § 24 ZPO sei nicht anwendbar. Ähnlich auch Bayerdörffer, Gilt die Ausschließlichkeit von Gerichtsständen auch im Verhältnis zum Ausland? Diss. Erlangen 1914, S. 46.

172 Diese Bestimmung betrifft aber nicht die sachliche Löschungsklage. Sie findet ihre Grundlage in den allgemeinen Regeln (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. A., München und Berlin 1960, § 11 WZG Anm. 4).

durch entsprechende Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, ist das Recht, das auf den Beseitigungsanspruch Anwendung finden soll, nicht immer so einfach festzustellen.

Für das Warenzeichenrecht ist es verhältnismäßig leicht, die Antwort zu finden, da hier das Territorialitätsprinzip¹⁷³ die anwendbare Rechtsordnung eindeutig festlegt. Allerdings kann ein ausländisches Gericht nicht ein dahin gehendes Urteil erlassen, das die Löschung eines in der deutschen Warenzeichenrolle eingetragenen Zeichens anordnet. Für eine solche Entscheidung fehlt dem ausländischen Gericht schon die internationale Zuständigkeit. Die Anwendbarkeit ausländischen Warenzeichenrechts ist zwar im Bereich des Schadensersatzrechtes und des Unterlassungsanspruchs durchaus anzuerkennen, sie geht aber nicht so weit, daß ein Gericht eines anderen Staates Maßnahmen anordnen kann, die nur durch die Gerichte des Staates (z. B. Deutschlands) getroffen werden können, in dem die Löschung vorzunehmen ist. Die Löschung selbst ist ja als Verwaltungsakt anzusehen; ausländische Gerichte vermögen aber nicht, Anordnungen für inländische Behörden (z. B. das Patentamt) zu treffen¹⁷⁴.

Bei der Behandlung des Namensrechtes¹⁷⁵ wurde schon die generelle Anknüpfung an das Personalstatut zurückgewiesen¹⁷⁶. Über einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Namensrechtes¹⁷⁷, der immer eine Verletzung des Namensrechtes voraussetzt, entscheidet daher die jeweilige lex loci als Verletzungsstatut. Eine gesonderte Anknüpfung von Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz scheidet hier angesichts des inneren Zusammenhangs der möglichen örtlichen Anknüpfungen aus.

Für den individuellen Ehrenschutz will L ü d e r i t z¹⁷⁸ das Personalstatut¹⁷⁹ zur Entscheidung darüber heranziehen, ob ein Beseitigungsanspruch gegeben ist. Diese Ansicht ist, wie schon beim Namensrecht, zurückzuweisen. Soweit sich aber das Personalstatut mit dem Deliktsstatut deckt, bringt sie ohnehin nichts Neues¹⁸⁰.

b) Grundeigentum

Theoretische und praktische Schwierigkeiten ergeben sich aber für unbewegliche Sachen, wenn die Störungsquelle sich in einem anderen

173 S. oben Abschn. 4.

174 Troller, IPR, S. 250 für das Patentrecht, anders S. 256 für das Warenzeichenrecht.

175 S. oben Abschn. 4.

176 A. A.: Lüderitz, Der Ehrenschutz im internationalen Privatrecht, NJW 1962, 2146 ff., der beide Personalstatute kumulativ anwenden will.

177 Einen solchen kennt auch Art. 7 c.c.

178 AaO S. 2148.

179 Über den Ehrenschutz in der Presse vgl. den Abschnitt über Widerrufs- und Gegendarstellungsanspruch im Presserecht. Dort ist auch der negatorische Ehrensatz miteinbezogen.

180 Auch Lüderitz bringt keine einleuchtenden Gründe für das Personalstatut.

Rechtsgebiet befindet als in demjenigen, in dem die Störung eingetreten ist. Zwei Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung sollen dafür zur Verdeutlichung angeführt werden. In diesen Fällen wurde freilich nicht auf Beseitigung oder Unterlassung geklagt, sondern auf Schadensersatz, sie können aber trotzdem zur Aufhellung der besonderen Situation herangezogen werden.

Fall 1 ¹⁸¹, ¹⁸²;

- 181 OLG Saarbrücken, 22. 10. 1957 — NJW 1958, 752 (vollständig abgedruckt in Zeitschrift für Bergrecht 100 (1959) 192 ff.). Im Prozeß trat Weill als Gutachter auf, der dann zum gleichen Problem in „Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle: dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice“, Mélanges Jacques Maury, vol. I, Paris 1960, S. 54 ff., noch einmal Stellung nahm.
- 182 Zum internationalen Nachbarrecht, wozu auch Wasser- und Bergrecht zu zählen sind: von Bar, Theorie und Praxis, Bd. I, S. 629 Anm. 14; Bd. II, S. 114 Anm. 1; am ausführlichsten Zitelmann, IPR II, S. 315 ff.; Raape, IPR, S. 630; Wolff, IPR S. 166; Frankenstein, IPR II, S. 32 f., 96 f.; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. A., Berlin 1905, Bd. II, S. 476 mit Anm. 60; Neumeyer, IVerwR II, S. 41 ff.; Eymann-Schubert, Das bayerische Wassergesetz, 2. A., Bd. II, Ansbach 1928, S. 760; Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das preußische Wassergesetz, 3./4. A. (Nachdruck), Berlin-Köln 1955, S. 21 ff.; Böning, Internationalrechtliche Probleme der Grundwassernutzung, Diss. Bonn 1961, S. 73 ff.; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet und in Westberlin, 4. A., Berlin 1964, S. 314 Anm. 3; Weitnauer, Die Haftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes in international-privatrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Wasserrecht 4 (1965) 1 (11-14). Aus der ausländischen Literatur: Niboyet, Traité, vol. V Nr. 1189 (S. 354 ff.); ders., Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des Etats, frontières internationales et interprovinciales, RDILC 1933, 468 ff. — Gelegentlich war auch die deutsche Rechtsprechung (meist interlokale Fälle) mit solchen Problemen konfrontiert worden: OAG Kiel, 4. 9. 1849 — SA 7 Nr. 1 (Schornstein- und Fensterrecht); OT Berlin, 9. 11. 1876 — Entsch. d. kgl. Obergerichtsb. Bd. 78, 307 ff. (Wasserableitung aus preußisch-russischem Grenzfluß); RG, 27. 10. 1886 — Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts, Bd. 3 Nr. 31 (Einleitung von Schmutzwasser auf lippischem Gebiet, Schädigung eines preußischen Ufergrundstückes); RG, 24. 4./6. 2. 1889 — SA 44 Nr. 161 (Quelle auf preußischem Gebiet versiegte infolge Bergbaus auf braunschweigischem Grundstück); RGZ 32, 414 (Wasserableitung aus einem zwischen Österreich und Preußen befindlichen Grenzgraben, Kläger verlangt die Unterlassung der auf österreichischem Gebiet vorgenommenen Handlung; es wurde nur über die internationale Zuständigkeit entschieden); RGZ 88, 383 (Wasserableitung aus preußischer Quelle auf ein Hofgrundstück in Sachsen-Meiningen); RGZ 122, 192 (Zuständigkeitsstreit zwischen einem oldenburgischen Oberlieger und einem lübeckischen Unterlieger); RG, 10. 2. 1938 — JW 1938, 1043 (in Sachsen eingetretener Bergschaden auf Grund Bergbaus in Preußen); OLG Köln, 21. 4. 1914 — ZVöR 8 (1914) 437 (Bergbau auf der niederländischen Grenzseite, Schaden auf preußischem Gebiet). — Völkerrechtliche Beziehungen können hier nicht näher abgehandelt werden. Vgl. z. B. Trial Smelter Arbitration (U.S. v. Canada) RIAA III, 1905 ff. = Ann.Dig. 1938-40 Nr. 104 (Schmelzofen auf canadischer Seite verursacht durch seine Abgase Flurschäden in den USA); aus der Literatur: Thalmann, Grundprinzipien des modernen zwischenstaatlichen Nachbarrechts, Zürich 1951; Andrassy, Les relations internationales de voisinage, RdC 1951 II 77 ff., und Dintelmann, Die Verunreinigung internationaler Binnengewässer insbesondere in Westeuropa aus der Sicht des Völkerrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, m. zahlr. Nachweisen.

Der Kläger betreibt auf der deutschen Seite der Saar ein Gartenrestaurant und vermietet auch auf seinem Grundstück befindliche Ferienhäuser. Die Beklagte, eine französische öffentlich-rechtliche Körperschaft, ist Inhaberin eines auf der französischen Seite gelegenen Elektrizitätswerkes, welches durch Verbrennungsvorgänge starken Rauch, Kohlenstaub und Flugkoks verursacht. Dadurch wurden die Obst- und Gartenernte des Klägers vernichtet, die Terrasse seines Restaurants unbenutzbar und die Ferienhäuser konnten nicht mehr vermietet werden.

Fall 2 ¹⁸³:

Der Kläger ist Eigentümer eines an der österreichisch-deutschen Grenze auf der deutschen Seite gelegenen Grundstücks. Auf diesem Grundstück befindet sich, umgeben von einem Zaun, ein hölzernes Landhaus. Anschließend an das klägerische Grundstück liegt auf der österreichischen Seite das Waldgrundstück des Beklagten. Auf diesem stehen in unmittelbarer Nachbarschaft hohe Tannen. Ein heftiger Sturm brach von einer 30 m hohen Tanne sechs bis acht Meter vom Gipfel ab und warf ihn auf das Landhaus. Dadurch erlitt dieses starke Beschädigungen.

aa) Internationale Zuständigkeit

Es besteht fast die einhellige Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung ¹⁸⁴, daß ein Staat bei Rechtsstreitigkeiten, die sich mit einem außerhalb seines Machtbereiches gelegenen Grundstück befassen, keine internationale Zuständigkeit besitzt. Die Begründung wird teils in dem völkerrechtlichen Satz von der Maßgeblichkeit der Gebietshoheit gesehen, teils werden hierfür reine Zweckmäßigkeitsargumente verwendet. Nur in wenigen Fällen wurde anders entschieden ¹⁸⁵.

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, die ganze Frage näher zu untersuchen, sie soll allein insoweit berührt werden, als es für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch unbedingt notwendig erscheint. In dem Augenblick, in dem die internationale Zuständigkeit des Inlandes für derartige Ansprüche verneint wird, erübrigen sich jegliche Ausführungen darüber, nach welcher Rechtsordnung sie zu beurteilen wären ¹⁸⁶.

Die Zuständigkeitsbestimmung des § 24 ZPO ¹⁸⁷ geht davon aus, daß die dinglichen Ansprüche, die hinsichtlich eines Grundstücks in Frage kommen, bereits bekannt sind. Für das deutsche Recht entstehen hierbei keine größeren Schwierigkeiten, weil das, was als dingliches Recht anzusehen ist, sich aus dem BGB entnehmen läßt. Wie steht es

183 LG Passau IPRspr. 1952/53 Nr. 33.

184 Statt vieler Riezler, IZPR, S. 212.

185 Z. B. RGZ 32, 414; OGH, 2. 2. 1927 — ZBl. 45 (1927) 382 = RabelsZ 4 (1930) 111 m. Anm. von Wahle.

186 Zitelmann, IPR II, S. 315 ff., erwähnt das Zuständigkeitsproblem mit keinem Wort, obwohl es für ihn unerläßlich gewesen wäre, hierauf näher einzugehen.

187 Ähnliche Bestimmungen existieren in vielen Rechtsordnungen. Österreich: § 81 JN; als Beispiel der schweizerischen Kantonalgesetzgebung: Art. 29 Berner ZPO; Frankreich: Art. 59 Abs. 5 C.p.c.; Italien: Art. 21 c.p.c.; Niederlande: Art. 126 Nr. 8 Rv.

aber bei denjenigen Ansprüchen, die irgendwie mit einem ausländischen Grundstück in Verbindung gebracht werden können? Welche Rechtsordnung entscheidet darüber, ob ein bestimmtes Recht bzw. ein bestimmter Anspruch als obligatorisch oder als dinglich angesehen werden muß? Im Sinne der herrschenden *lex fori*-Qualifikationstheorie würde das bedeuten, daß der Forumstaat darüber zu befinden hat, ob ein dingliches oder obligatorisches Recht anzunehmen ist¹⁸⁸. Oft wird dem noch hinzugefügt, daß insbesondere dann, wenn es um prozesuale Fragen gehe, sowieso nur das Forum bestimmen könne, inwieweit die Voraussetzungen zur Anwendung eines Prozeßrechtssatzes vorliegen würden. Faßt man folglich die internationale Zuständigkeit in Liegenschaftssachen für das deutsche Recht als ausschließliche auf, so ergibt sich hieraus, daß jeder Staat ausschließlich für Rechtsstreitigkeiten über Grundstücke¹⁸⁹ international zuständig ist, die in seinem Hoheitsgebiet belegen sind. Diese ausschließliche internationale Zuständigkeit des Belegenheitsstaates relativiert sich aber dadurch, wenn man — der h. M. folgend — dem Forumstaat die Befugnis zuspricht, darüber zu entscheiden, wann ein dingliches Recht vorliegt und wann nicht. Die Qualifikation nach der *lex fori* „durchkreuzt“ somit in gewisser Weise die ausschließliche internationale Zuständigkeit eines fremden Staates, vor allem dann, wenn dessen Auffassung des dinglichen Rechts von der der *lex fori* divergiert¹⁹⁰.

Sieht man in der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates einen völkerrechtlichen Grundsatz, so müßte die von der h. M. gezogene Folgerung die sein, daß die Qualifikation dessen, was als dingliches Recht anzusehen ist, nur nach der *lex rei sitae* erfolgen könnte, jede andere Qualifikation wäre völkerrechtswidrig¹⁹¹. Zum gleichen Ergebnis kommt man jedoch auch noch auf ande-

188 Neuner, Internationale Zuständigkeit, S. 26; Kahn, Abh. I, S. 74 ff.

189 Unberücksichtigt müssen hier die Sachverhalte bleiben, in denen die Entscheidung über Rechtsverhältnisse an einem Grundstück zusammen mit anderen Fragen auftauchen (Erbrecht, eheliches Güterrecht, Konkursrecht, Kaufrecht etc.).

190 Auf diesen Zwiespalt hat bisher nur Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1885, S. 436, aufmerksam gemacht; er hat dabei allerdings nur interlokale Fälle im Auge gehabt. Das RG hat in RGZ 88, 276 ff. bezüglich der Streitfrage, ob eine Abdeckereigerechtigkeit als dingliches Recht anzusehen ist, das „Sachstatut“ entscheiden lassen, d. h. das Recht, das die Abdeckereigerechtigkeit gewährt hat, darüber befragt, ob dieses das fragliche Recht als dingliches oder schuldrechtliches ansieht.

191 Hier liegt denn auch eine Stelle, an der sich Völkerrecht und internationales Privatrecht wirklich berühren, d. h. daß Völkerrechtssätze auf die Bildung von international-privatrechtlichen Normen Einfluß nehmen, was bekanntlich im Kern alles andere als unbestritten ist. Van Praag, *Juridiction et Droit international public*, La Haye 1915, S. 119 Anm. 294 nimmt hierzu nicht eindeutig Stellung, sondern läßt die Frage im Grunde offen („Cela n'empêche pas que quand le droit international public ne fournit pas d'indications pour la qualification d'une action, le juge appliquera la qualification qu'il estimera juste; en cela souvent il sera involontairement influencé par sa propre législation, quoiqu'elle ne soit pas décisive à cet égard.“).

rem Wege. Wenn schon dem Belegenheitsstaat die ausschließliche internationale Zuständigkeit zustehen soll, so kann man dieses Ziel nur dadurch erreichen, wenn dessen Auffassung über den Begriff des dinglichen Rechts der Vorrang eingeräumt wird. Durch bloße Qualifikation nach dem Schema der Forumrechtsordnung werden manche Rechte, die nach dem Sachstatut einwandfrei als dingliche Rechte anzusehen sind, in obligatorische Rechte umgewandelt. Ein solches Verfahren macht aber größtenteils die berechnete oder unberechnete Forderung nach der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des Forumstaates zunichte. Wird nämlich die ausschließliche internationale Zuständigkeit des Belegenheitsstaates bejaht, was sich jedenfalls auf keinen Rechtssatz des Forums stützen kann¹⁹², dann hat dies auch konsequent zu erfolgen und nicht nur insoweit, wie das Forum dies für annehmbar hält. Ob also das Nachbarrechtsverhältnis dinglicher oder schuldrechtlicher Natur ist, hat das Sachstatut zu entscheiden und nicht die *lex fori*.

Gerade für Ansprüche aus dem Nachbarrecht, Bergrecht oder Wasserrecht gerät aber die These von der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates in Schwierigkeiten, „sie fällt ins Leere“, wie Oertmann¹⁹³ gesagt hat. Bei Nachbargrundstücken, die sich jeweils auf einem unterschiedlichen Staatsgebiet befinden, könnte u. U. jeder Staat den anderen „für zuständig erklären“, was freilich gar nicht möglich ist, weil jeder Staat nur für sich seine Zuständigkeit festlegen kann, so daß im Ergebnis sich überhaupt kein Staat für zuständig halten würde. Hinzu kommt, daß für die einem Eigentümer oder sonstigen dinglichen Berechtigten möglicherweise zustehenden Ansprüche im einen Fall die internationale Zuständigkeit des Forums zu bejahen wäre, im anderen jedoch nicht: Für Schadensersatzansprüche eines Grundstückseigentümers wäre die inländische internationale Zuständigkeit auch dann gegeben¹⁹⁴, wenn die Störung von einem im Ausland belegenen Grundstück ausginge, nicht aber für etwaige Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche des gleichen Eigentümers, die er evtl. gegen seinen Nachbarn haben könnte, da derartige Ansprüche als dingliche angesehen werden, eine internationale Zuständigkeit daher zu verneinen wäre. Das betreffende „belastete“ ausländische Grundstück würde auch nicht ohne weiteres

192 A. A. Pagenstecher aaO S. 475; Kallmann, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946, S. 30 Anm. 21 a. E.; Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1903, S. 101 mit Anm. 14, und Klußmann, Inländische Gerichtsbarkeit in bezug auf ausländische Grundstücke in Streitsachen der in § 24 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Art, Diss. Hamburg 1929, S. 53. Richtig Oertmann aaO Sp. 83 f.

193 AaO Sp. 83.

194 Hier käme die internationale Zuständigkeit infolge des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO in Frage.

einen dinglichen Gerichtsstand begründen, weil § 24 Abs. 2 ZPO hier unanwendbar ist.

Man mag zweifeln, ob es überhaupt zweckmäßig erscheint, an der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates festzuhalten. Jedenfalls ist es bei Grundstücken, die an den Grenzen zweier Staaten einander gegenüberliegen, wenig sinnvoll, die einem Eigentümer eines solchen Grundstücks zustehenden Ansprüche von vornherein kompetenzmäßig auf Gerichte verschiedener Staaten zu verteilen¹⁹⁵, sofern man sich hierzu überhaupt infolge der geschilderten rechtlichen Schwierigkeiten in der Lage sieht. Dazu kommt noch, daß man über die völkerrechtliche Begründung der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates durchaus verschiedener Meinung sein kann¹⁹⁶. Hier hat die Regelung des § 24 ZPO keinen zureichenden Sinn¹⁹⁷, sie ist als unanwendbar zu bezeichnen. Der beeinträchtigte Eigentümer muß die Möglichkeit haben, auch seine sachenrechtlichen Ansprüche geltend machen zu können. Als Gerichtsstände können hierbei der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten — er wird normalerweise in einem der beiden Belegenheitsstaaten wohnen —, der Gerichtsstand des Vermögens oder der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung herangezogen werden. Im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung sind neben den reinen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung auch diejenigen Ansprüche einklagbar, die bloße Widerrechtlichkeit der Handlung voraussetzen, wie etwa der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch, falls dieser Gerichtsstand in Deutschland begründet ist. Jede andere Lösung führt zu dem Ergebnis, daß der Eigentümer eines Grenzgrundstückes partiell rechtlos wird, weil er allein auf die deliktsrechtlichen Ansprüche verwiesen wäre. Es könnte leicht passieren, daß sich kein Staat für international zuständig errachten würde, und daher jede Voraussetzung für die Anwendung der „Regeln“ des

195 Van Praag aaO S. 117 Anm. 290, hat zwar diese Schwierigkeiten durchaus bemerkt, sieht deren Lösungsmöglichkeit aber nur im Abschluß eines Staatsvertrages („On doit reconnaître d'ailleurs que précisément dans des contestations relatives à des propriétés situées à la frontière, la règle indiquée . . . peut bien donner lieu à des difficultés pratiques, auxquelles il y aurait à aviser par traité.“).

196 Vgl. Oertmann aaO Sp. 80 (82). Er zweifelt an der Existenz eines dahin gehenden Völkerrechtssatzes. Er ist einer der wenigen, die die Entscheidung RGZ 32, 414 nicht bekämpfen. Die völkerrechtliche Verteilung der Zuständigkeit hinsichtlich der hier in Frage stehenden Materie betont besonders van Praag aaO S. 119. Der österreichische OGH sah sich in seiner bereits zitierten Entscheidung nicht durch das Völkerrecht gehindert, seine internationale Zuständigkeit (er spricht von Gerichtsbarkeit) zu behagen („ . . . und folgt auch nicht aus völkerrechtlichen Grundsätzen, daß ein Beklagter, der im Inland seinen Wohnsitz hat, der österreichischen Gerichtsbarkeit deshalb nicht unterworfen sein soll, weil die Streitigkeit eine im Ausland gelegene unbewegliche Sache betrifft.“).

197 Vgl. auch Neumeyer, JW 1929, 435.

internationalen Nachbarrechts, Berg- oder Wasserrechts fehlte¹⁹⁸. Kein Forum könnte das Verhältnis eines inländischen Grundstückseigentümers zu dessen ausländischem Nachbarn feststellen.

Am vorteilhaftesten dürfte es sein, eine Klage, die zugleich auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz gerichtet ist, an dem für das Grundstück des Beklagten maßgebenden Gerichtsstand einzubringen.

Daß das inländische Forum im großen und ganzen die ausschließliche internationale Zuständigkeit für im Inland belegene Grundstücke besitzt, soll nicht in Zweifel gezogen werden. Ob aber ein Rechtsstreit, der ein ausländisches Grundstück zum Gegenstand hat, im Inland geführt werden kann, ist eine davon zu trennende Frage und läßt sich nicht mit § 24 ZPO beantworten.

bb) Das anwendbare Recht

Nachdem wir die internationale Zuständigkeit auch für sachenrechtliche Ansprüche, die ein ausländisches Nachbargrundstück berühren, grundsätzlich bejaht haben, steht der Weg zur Erörterung des auf den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch anzuwendenden Rechts offen.

In beiden eingangs erwähnten Fällen hat die Störung in dem einen Belegenheitsstaat ihren Ausgang genommen, aber erst im anderen zu einer Beeinträchtigung des klägerischen Grundstücks geführt. Nach welchem Recht kann nun auf die Unterlassung weiterer Störungen und die Beseitigung der bestehenden Störungsquelle geklagt werden? Im Fall 1¹⁹⁹ liegt eine weitere Schwierigkeit darin, daß der Betrieb bzw. die Anlage behördlich genehmigt war, so daß eine Beseitigung der störenden Anlage oder die Unterlassung zukünftiger Beeinträchtigungen nur dann überhaupt ins Auge gefaßt werden kann, wenn die am Handlungsort erteilte Genehmigung solche Ansprüche nicht ausschließt²⁰⁰. Für unsere Erörterung gehen wir davon aus, daß grund-

198 Diesen Punkt haben die Kritiker des RG nicht genügend beachtet. Sie haben die spezielle Tatbestandsgestaltung dieses Falles nicht berücksichtigt, sondern die Bedeutung dieser Entscheidung zu sehr verallgemeinert.

199 Vgl. OLG Saarbrücken, Zeitschrift für Bergrecht 100 (1959) 195.

200 S. auch Boisserée in der Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Saarbrücken in NJW 1958, 1239 (1240). Auch hier hatte Neumeyer, IVerwR I, S. 91, zuerst auf diese Problematik aufmerksam gemacht. Zitelmann, IPR II, S. 314, hatte den Kern der Sache noch nicht getroffen (N.B.: Diese Partie des Zitelmann'schen Buches war schon vor Neumeyers erstem Band erschienen!). Neumeyer aaO meint, daß eine öffentlich-rechtliche Beschränkung nur öffentlich-rechtliche Wirkungen erzeuge. Deshalb seien auch derartige Beschränkungen für eine Anlage allein in dem Staat wirksam, in dem sich die Anlage befinde. Nur dieser Staat könne solche beschränkenden Vorschriften erlassen und durchsetzen. Vgl. auch Weitnauer aaO S. 13 und Schnorr von Carolsfeld, Vier Fragen aus dem Schadensersatzrecht, S. 371 Anm. 17.

sätzlich die genannten Ansprüche nicht ausgeschlossen sein sollen²⁰¹.

Beide hier in Frage stehenden Ansprüche sind nach deutschem Recht dinglicher Natur. Als Anknüpfungspunkt bietet sich daher die *lex rei sitae* an. Man könnte also meinen, daß der Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch sich nach der *lex rei sitae* richte. Es besteht dann nach dem Sachstatut die Möglichkeit, ein Urteil auf Verbot weiterer Beeinträchtigungen und auf Beseitigung der Störungsquelle zu erwirken. Dies stünde auch mit dem bereits weiter oben dargelegten Ergebnis in Einklang, wonach sich der Unterlassungsanspruch nach dem Recht des Gefährdungsortes beurteilt. Da wir es hier aber nicht bloß mit einem, sondern mit zwei Sachstatuten zu tun haben, ist mit der Feststellung, daß die *lex rei sitae* maßgebend sein solle, nicht viel gewonnen, weil jede *lex rei sitae* sich in ihren Wirkungen auf das Staatsgebiet beschränkt, in dem sie gilt. Es können sonach nicht zukünftige Handlungen für Frankreich untersagt bzw. Beseitigung der Störungen verlangt werden, die sich auf einem dem deutschen Recht unterliegenden Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch stützen, weil jedes Sachstatut grundsätzlich nur solche Anordnungen ermöglicht, wenn Berechtigter und Verpflichteter durch dieses Statut gebunden sind, was hier aber gerade fraglich ist, da zwei Sachstatute sich gegenüberstehen.

Auf der anderen Seite ist es ferner möglich, daß die eine Rechtsordnung den hier in Rede stehenden Unterlassungsanspruch bzw. Beseitigungsanspruch als dinglich ansieht, wie das deutsche Recht, die andere Rechtsordnung diese aber lediglich als deliktsrechtliche Ansprüche betrachtet, so das französische Recht²⁰². Mit einer ausschließlich dinglichen Qualifikation des Anspruchs ist nicht viel geholfen, da sie nicht imstande ist, die auftretenden Schwierigkeiten aus dem Weg zu räumen. Auch wenn man für beide Rechtsordnungen von der dinglichen Natur der Ansprüche absieht, treten wieder andere Probleme auf. Im übrigen wird dadurch die Abgrenzung dessen, was der jeweilige Eigentümer tun darf bzw. unterlassen muß, nicht gelöst; insofern bleibt es also gleichgültig, unter welchem Aspekt die beiden Ansprüche betrachtet werden. Die zulässige Eigentumsbeschränkung hat ja auch den Ausschluß von Schadensersatzansprüchen zur Folge.

Da die rechtliche Regelung des Nachbarverhältnisses nur für die innerhalb des betreffenden Staatsgebietes liegenden Grundstücke gedacht ist, jedoch in weitem Umfang inländische Grundstücke an ausländische angrenzen, würden bei konsequenter Durchführung des

201 Die Frage bedürfte einer eingehenderen Behandlung, was aber nicht Ziel der vorliegenden Arbeit sein kann. Die Genehmigung durch französische Behörden besitzt ohnehin nur für das französische Territorium rechtliche Wirkung. Wenn sie also nach französischem Recht zivilrechtliche Ansprüche ausschließen würde, so hätte dies nur für solche Ansprüche Bedeutung, die auch dem französischen Recht unterliegen, nicht aber für diejenigen, die sich nach deutschem Recht richten würden.

202 Mazeaud-Tunc, vol. I Nr. 612 (S. 693).

lex rei sitae-Grundsatzes die Eigentümer von Grenzgrundstücken in Verhältnis zu ihren ausländischen Nachbarn in einem nachbarrechtlichen „Vakuum“ leben, weil keiner der beiden möglichen Anliegerstaaten hierfür Sorge träge. Daß ein solcher Zustand schon vom Ergebnis her gesehen untragbar ist, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung. Auch in dieser besonderen Situation muß der einzelne Grundstückseigentümer doch wenigstens ungefähr wissen, was er tun darf und was nicht bzw. was er zu dulden hat und was nicht. Weder unbeschränkte Freiheit noch totale rechtliche Beschränkung sind hier angebracht. Fraglich ist vor allem, ob die Rechtsordnung maßgebend sein soll, von der aus die Störung ihren Ausgang nimmt, wo also gewöhnlich der betreffende Eigentümer oder Besitzer handelt, oder ob nicht die Rechtsordnung des Staates den Ausschlag geben soll, in dem sich die Störung auswirkt. Es ist natürlich von vornherein klar, daß sich sowohl für die eine wie die andere Lösungsmöglichkeit gute Gründe anführen lassen.

Einen Mittelweg schlug *Z i t e l m a n n*²⁰³ ein. Er meinte, daß nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen für Grenzgrundstücke nur insoweit in Frage kämen, als sie vom inländischen und ausländischen Recht übereinstimmend angeordnet würden. Die kumulative Anwendung zweier Rechtsordnungen ist freilich ein gewisser Ausweg aus dieser verworrenen Situation, doch birgt sie teilweise erhebliche Komplikationen in sich, wie noch an anderer Stelle auszuführen sein wird²⁰⁴. Sie setzt insbesondere vergleichbare Rechtsinstitute voraus und führt immer zur Anwendung des Rechts, das die geringsten Anforderungen stellt, des sog. schwächeren Rechts.

*N e u m e y e r*²⁰⁵, der sich mit dem vorliegenden Fragenkreis eingehend beschäftigt hat, will zugunsten des Rechts entscheiden, das in dem Staat gilt, von dem aus gehandelt worden ist. Dadurch tritt eine Monopolisierung des Handlungsinhaltes ein; die rechtlichen Verhältnisse, die im Einwirkungsstaat bestehen, werden somit unberücksichtigt gelassen. Umgekehrt ließe sich eine Bevorzugung der Erfolgsseite, also des Rechts, das am Ort der tatsächlichen Einwirkungen herrscht, vertreten. Unzuträglichkeiten entstehen jedoch bei jedem der aufgeführten Lösungsversuche. Im ganzen ist aber die Rechtsordnung des Orts vorzuziehen, an dem auf das Grundstück eingewirkt worden ist, und nicht das Recht des Handlungsortes²⁰⁶. Dafür spricht insbesondere die Erwägung, daß im Normalfall Immissionen u. ä., die von dem fraglichen Grundstück ausgehen, in weit größerem Maße auf Grundstücke einwirken, die im gleichen Staatsgebiet liegen wie das

203 IPR II, S. 328. Im Ergebnis ebenso *Meisner-Stern-Hodes* aaO S. 314 Anm. 3.

204 S. unten die Ausführungen zu Art. 12 EGBGB.

205 Die Wassernutzung im internationalen Verwaltungsrecht, *Annalen des Deutschen Reichs* 1915, 768 (793 ff.); *der.*, IVVerw II, S. 41 ff.; *ders.*, JW 1929, 435 f.

206 Ähnlich *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 476.

die Immissionen veranlassende Grundstück. Mit jenem Staatsgebiet hat es meist einen längeren Teil seiner Grenze als mit demjenigen, das im Ausland liegt²⁰⁷. Die Beeinträchtigung der zu demselben Rechtsgebiet zählenden Nachbarn wird daher in der Regel stärker sein als die des benachbarten Auslands. Die Berücksichtigung der Rechtsordnung, die am Ort der eingetretenen Störungen gilt, ist für solche Grundstückseigentümer eher zumutbar, als umgekehrt den beeinträchtigten Grundeigentümer auf die Rechtsordnung zu verweisen, von deren Geltungsbereich aus die Störungen erfolgen. Der Kläger kann deshalb die Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen seines Grundeigentums nach dem für dieses Grundstück maßgebenden Recht verlangen²⁰⁸.

Ist nun das Problem beim Beseitigungsanspruch in gleicher Weise lösbar? Ähnlich liegende Fälle wie die oben genannten sind in den USA schon mehrfach²⁰⁹ entschieden worden. Es sei nochmals auf die bereits erwähnten *Salton Sea Cases*²¹⁰ hingewiesen. Hier hatte der Beklagte in Mexiko mit Hilfe eines Kanals aus dem Colorado River Wasser abgeleitet. Dieses staute sich im Staate Arizona und beschädigte dort das Grundstück des Klägers. Letzterer verlangte daher vom Beklagten die Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen seines Eigentums. Das Gericht gab seinem Begehren auch statt²¹¹; es verbot dem Beklagten, solches Handeln fortzusetzen. Wie der Beklagte dem Verbot nachkommen sollte, entschied das Gericht nicht. Um dem gerichtlichen Verbot Folge leisten zu können, mußte der Beklagte jedoch Handlungen in Mexiko vornehmen, er mußte nämlich die dort sich befindende Störungsquelle beseitigen.

Nach deutschem Recht wäre der Fall nicht bloß als reine Unterlassungsklage anzusehen, sondern auch als Beseitigungsklage; zumindest hätte der Kläger dann die Beseitigung der störenden Anlage verlangt. Das Urteil wäre somit nicht allein auf das Verbot weiterer zukünftiger Störungen ergangen, es hätte vielmehr auch eine positive Beseitigungsanordnung zu treffen gehabt, während sich nach der genannten amerikanischen Entscheidung die Beseitigung lediglich als eine indirekte Folge der Unterlassungsklage darstellt, was wohl vor allem

207 Daß nicht bloß unmittelbar angrenzenden Grundstücken nachbarrechtliche Befugnisse und Verpflichtungen zukommen können, ändert an dieser Sachlage nichts.

208 Wenig ergiebig und überzeugend sind die Ausführungen des OLG Saarbrücken aaO S. 197 zum Nachbarrecht. Nachdem es in der Sache selbst französisches Recht anwendet, beurteilt es das Maß der Beeinträchtigung nach § 906 BGB, ohne im geringsten darauf einzugehen, ob diese Vorschrift überhaupt anwendbar ist.

209 Nachweise bei Ehrenzweig, *Conflict of laws*, S. 183. Eine Zusammenstellung älterer Entscheidungen ist bei Pomeroy, *Equity Jurisprudence and Equitable Remedies*, 2. A., San Francisco-Rochester 1919, §§ 1318, 1437-1439, zu finden.

210 172 F. 792 (1909).

211 Vgl. zu dieser Entscheidung die Note: *The extra-territorial force of a decree by a court of equity*, 23 *Harv.L.Rev.* 390 f. (1909-10) sowie Beale, *The jurisdiction of courts over foreigners*, 26 *Harv.L.Rev.* 282, 294 f. (1912-13).

deshalb angenommen wurde, um den Anschein einer völlig unbestreitbaren jurisdiction zu erwecken, weil das Gericht darauf verweisen konnte, daß es als Gericht des Belegenheitsstaates tätig geworden ist^{212, 213}.

Eine derartige „Nebenwirkung“ der Unterlassungsklage ist in der Tat meistens gegeben. Man könnte sich also vielleicht allein darauf beschränken, die Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen auszusprechen, und käme dadurch zur Anwendung nur einer Rechtsordnung²¹⁴. Den aufgeworfenen Schwierigkeiten wäre freilich auch dann zu begegnen, wenn man bei diesen Sachverhalten nur auf das Recht des Handlungsortes abstellen würde, womit die Möglichkeit gegeben wäre, auf den Unterlassungs- wie auf den Beseitigungsanspruch das gleiche Recht anzuwenden²¹⁵. Daß aber das Recht des Orts, an dem sich die störende Anlage befindet, weder auf den Unterlassungs- noch auf den Beseitigungsanspruch anwendbar ist, ergeben folgende Erwägungen: Wenn der Kläger auf Unterlassung klagt, so verlangt er, daß weitere Störungen seines Grundeigentums durch den Beklagten unterbleiben sollen, mehr nicht. Würde man nun dieses Verlangen nach dem Recht des Handlungsortes beurteilen und ihm nach dieser Rechtsordnung stattgeben, dann hätte das zum Ergebnis, daß der Beklagte zu mehr verurteilt werden müßte, als der Kläger überhaupt angestrebt hatte; ein durch das Recht des Handlungsortes ausgesprochenes Verbot hätte die unabweisliche Folge, daß dem Beklagten in dieser Hinsicht jegliche Tätigkeit auf jenem Gebiet verboten werden würde, obwohl das klägerische Begehren gar nicht so weit gehen, sondern lediglich die den Kläger betreffende Störung verboten haben will. Wesentlicher aber scheint die Anwendung dieses Gedankens für den Beseitigungsanspruch zu sein. Auf keinen Fall kann das Recht des Einwirkungsortes eine Beseitigungsanordnung treffen, die sich auf eine im Ausland befindliche Anlage bezieht. Die geforderte Beseitigung hätte nämlich zur Folge, daß der Beklagte den Betrieb der Anlage

212 S. aber RGZ 32, 414 (415 f.).

213 Auf der anderen Seite würden nach dem Rechtsgrundsatz „equity acts in personam“ ohnehin keine Bedenken gegen die jurisdiction bestehen.

214 Unausgesprochen liegt dieser Gedankengang wohl auch der Auffassung von Neumeyer, IVerwR II, S. 47 f., zugrunde.

215 Für die Anwendung des Rechts des Handlungsortes setzt sich insbesondere Neumeyer, IVerwR II, S. 48 und passim ein („Und da eine Mehrheit von Tatorten für das Zivilrecht anzuerkennen widersinnig (!) ist, eine Bevorzugung des Orts der Tätigkeit aber sowohl der Auffassung des Lebens, wie auch der tatsächlichen Macht des Staates (!) besser entspricht ...“). Hierbei (S. 48 Anm. 90) gibt er seine in Bd. I, S. 187 vertretene Meinung, daß das Recht des Ortes, an dem die Interessenbeeinträchtigung erfolge, maßgebend sei, ausdrücklich auf. Dieser „Rückschritt“ von der für die damalige Zeit modernen Ansicht ist an sich bedauerlich, da sich damit gerade für Fälle wie den besprochenen eine angemessenere Lösung finden läßt. Später hat jedoch Neumeyer seine Ansicht nochmals bekräftigt (JW 1929, 435 f.).

(etwa einer Fabrik) gänzlich einzustellen hätte, obgleich es leicht möglich wäre, daß die Rechtsordnung des Staates, in dem die Anlage steht, diese Folge für den konkreten Fall nicht anordnen würde. Der Beklagte würde zu mehr verurteilt werden als an sich notwendig wäre. Fraglich bleibt nur, ob dann, wenn im Belegenheitsstaat die Beseitigung zulässig wäre, auf sie erkannt werden würde, wenn der Rechtsstreit im Nachbarstaat anhängig ist; von der praktischen Vollstreckungsmöglichkeit eines solchen Urteils sei einmal ganz abgesehen. Bejaht werden kann eine solche Lösung, wenn außer dem klägerischen Grundstück auch im Gebiet der störenden Anlage ebenfalls Grundstücke konkret — nicht bloß virtuell — beeinträchtigt werden, so daß eine Beseitigung tatsächlich gerechtfertigt erscheint. Ausländisches und inländisches Grundstück sind dann so anzusehen, als würden sie im gleichen Gebiet liegen.

Anders ist die Sachlage im Eingangsfall 2. Bei dieser Sachgestaltung kann ohne weiteres auf die Beseitigung des störenden Baumstückes auf Grund der deutschen Vorschriften geklagt werden, da Störung und Störungsquelle örtlich zusammenfallen.

Letztlich ist es also so, daß beim Unterlassungsanspruch das Recht des Ortes entscheidend ist, wo sich die Störung auswirkt, während beim Beseitigungsanspruch die Rechtsordnung maßgebend ist, in deren Geltungsbereich die störende Anlage liegt.

III. Widerrufs- und Gegendarstellungsanspruch im Presserecht

Im folgenden ist zu prüfen, ob der von Löffler²¹⁶ getroffenen lapidaren und resignierenden Feststellung, daß, solange die internationale Regelung der „Berichtigungspflicht“ noch ausstehe, aus Gründen mangelnder Durchführbarkeit die im Ausland erscheinenden und im Inland verbreiteten Druckschriften keinem Entgegnungszwang unterliegen sollen, nach dem gegenwärtigen Rechtszustand beigetreten werden kann. Es ist also eine Untersuchung erforderlich, die den Nachweis zu führen hat, ob nicht eventuell doch eine Kollisionsnorm für den Gegendarstellungsanspruch entwickelt werden kann, ohne den schon bis zum Überdruß gehörten Ruf nach internationaler Regelung laut werden zu lassen.

Aber nicht nur in internationaler, sondern auch in interlokaler Beziehung ist bisher nicht einmal die Fragestellung genügend präzisiert worden, obwohl sich eine solche aus dem Nebeneinander der Landespressegesetze geradezu aufdrängt. Lediglich Koebel²¹⁷ hat in jüngster Zeit das Problem berührt. Soweit andere Autoren²¹⁸

216 Presserecht, München u. Berlin 1955, § 11 RPG Anm. 47.

217 NJW 1964, 1108 (1109, 1110).

218 Greiff, NJW 1950, 241 (242); Neumann-Duesberg, NJW 1960, 2032 (2034); Scholz, WRP 1961, 335 (337).

indirekt auf diese Frage stoßen, meist auf der Suche nach dem für den Gegendarstellungsanspruch angemessenen Gerichtsstand, wird zwischen der Frage der Zuständigkeit und der der Rechtsanwendung nicht sauber unterschieden²¹⁹, sondern beides zusammengeworfen, auch wenn man im Ergebnis dem betreffenden Verfasser in mancher Beziehung zustimmen kann²²⁰.

Neben dem Gegendarstellungsanspruch ist aber noch als quasi-negatorischer und als rein deliktischer Anspruch²²¹ die Möglichkeit des Widerrufs von Beleidigungen, ehrenrührigen Behauptungen u. ä. im presserechtlichen Bereich in Erwägung zu ziehen. Beide Ansprüche haben an sich ein anderes Ziel²²². Mit dem Gegendarstellungsanspruch kann der Entgegnungsberechtigte lediglich den Abdruck einer von ihm verfaßten Gegenerklärung verlangen, während eben der andere Anspruch auf ein Mehr gerichtet ist, nämlich auf den Widerruf von Äußerungen des Verletzten. Widerrufs- und Gegendarstellungsanspruch können daher auch im Bereich der Presse durchaus nebeneinander geltend gemacht werden²²³, da ein in einem Landespressegesetz statuerter Gegendarstellungsanspruch den Anspruch auf Widerruf nicht verdrängt. Außer Betracht bleibt hier der Widerrufsanspruch eines nicht im Pressebereich stehenden Beteiligten; auf ihn lassen sich die im Abschnitt „Beseitigungsanspruch“ gemachten Ausführungen entsprechend übertragen²²⁴.

1. Der Widerrufsanspruch

Da der Widerrufsanspruch als zivilrechtlicher Anspruch dem Bundesrecht zuzurechnen ist, kommen keine interlokale Kollisionen zur Entstehung. Konfliktslagen hinsichtlich des anwendbaren Rechts können daher nur bei Beziehungen mit dem Ausland auftreten, sei es, daß eine ausländische Zeitung im Inland verbreitet wird, die irgendwelche ehrenrührigen Behauptungen enthält, sei es, daß eine deutsche Zeitung mit anrühigem Inhalt im Ausland verbreitet wird. Welches Recht ist in einem solchen Fall zur Anwendung berufen?

219 Scholz aaO S. 338, 339 geht von der unzutreffenden Behauptung aus, daß das angegangene Gericht grundsätzlich (damit meint er „nur“) das in seinem Geschäftsbereich geltende Recht anzuwenden habe. Er prüft nicht, ob ein Pressegesetz eines anderen Landes anwendbar ist oder nicht (darüber weiter unten).

220 So etwa Neumann-Duesberg aaO S. 2034, wenn er feststellt, daß zahlreiche periodische Druckschriften im Bereich verschiedener Landespressegesetze verbreitet würden, und daher die örtliche Zuständigkeit des Gerichts (nur diese?) für die Entscheidung über den Anspruch auf Abdruck der Gegendarstellung bestimmt werden müsse.

221 Über ihr Verhältnis zueinander Hubmann, JuS 1963, 98 ff.

222 Vgl. hierzu Löffler, Presserecht, § 11 RPG Anm. 136.

223 Löffler aaO § 11 RPG Anm. 136.

224 Eine Erörterung der strafrechtlichen Veröffentlichungsbefugnis nach § 200 StGB und nach anderen Bestimmungen muß hier gleichfalls unterbleiben. Vgl. hierzu Schnorr von Carolsfeld, Straftaten in Flugzeugen, S. 28 Anm. 17 a. E.

Beim Widerrufsanspruch handelt es sich einmal um einen Beseitigungsanspruch, es soll durch den Widerruf ehrenrühriger oder kredit-schädigender Kundgebungen ein dauernder Störungszustand beseitigt werden. Er stellt ein Stück privatrechtlichen Ehrenschatzes dar. Des weiteren ist der Widerruf — als rein deliktischer Anspruch — eine Form der Naturalrestitution nach §§ 823, 249 BGB. In letzterem Fall setzt er allerdings Verschulden voraus, was beim negatorischen Widerruf nicht verlangt wird.

Diese enge Verbindung zwischen negatorischem und deliktischem Widerrufsanspruch könnte nun dazu führen, daß beide, obwohl auf verschiedener Rechtsgrundlage beruhend, wie der Schadensersatzanspruch angeknüpft werden, also an die *lex loci delicti commissi*. Nach unserer, beim Unterlassungsanspruch näher ausgeführten Auffassung, ist die *lex loci* dort zu sehen, wo in das Rechtsgut eingegriffen wird, was zu der weiteren Frage drängt, wo das Rechtsgut der Ehre und des Geschäftskredits überhaupt lokalisiert werden kann. Wird eine Zeitung in vielen Ländern verbreitet, so muß der Eingriff in die genannten Rechtsgüter nicht notwendigerweise in jedem Verbreitungsland erfolgen. Nicht unberücksichtigt darf vor allem die sprachliche Seite des Problems gelassen werden. Ferner kann für das private Ansehen einer Person ein räumlich engerer Bereich als Verletzungsort in Frage kommen als etwa bei Firmen mit internationalen Geschäftsbeziehungen. Natürlich gibt es auf der anderen Seite international bekannte Persönlichkeiten, bei denen wie bei großen Unternehmungen die Sprache keine Barriere mehr aufrichtet. Wie weit der Kreis, innerhalb dessen von einer Verletzung gesprochen werden kann, sich ausdehnt, entzieht sich einer abstrakten Festlegung; er ergibt sich nur aus einer Abwägung der genannten Faktoren im Einzelfall. Es ist zwar mißlich, für die Lösung des Problems den sattsam bekannten Einzelfall zu bemühen, nach unserer Auffassung kann indes keine generelle Antwort gegeben werden ²²⁵.

In den USA versuchte man ähnlichen Schwierigkeiten durch die Schaffung eines Uniform Act, nämlich des Uniform Single Publication Act von 1952 ²²⁶, Herr zu werden. Durch dieses Gesetz sollte vermieden werden, daß in manchen Fällen die Anwendung von 50 einzelstaatlichen Rechten, die nach dem normalen Begehungsortgrundsatz anzuwenden gewesen wären, notwendig wird. Dieses Gesetz konnte aber bisher diese Schwierigkeiten nicht zufriedenstellend lösen, da bis jetzt nur sechs Staaten das Gesetzeswerk angenommen haben. § 1 Uniform Single Publication Act gewährt für ein mittels der Presse

225 Schon aus diesem Grund muß die generalisierende Anknüpfung des Beseitigungsanspruches im Fall des Ehrenschatzes an das Personalstatut (so Lüderitz aaO S. 2148) abgelehnt werden.

226 9 c ULA 173.

begangenes Delikt nur einen Anspruch, gleichgültig wie viele Staaten im Einzelfall als Begehungsort anzusehen wären ²²⁷.

Eine derartige Regelung dürfte für europäische Verhältnisse in absehbarer Zeit nicht zur Verwirklichung anstehen, so daß die Begehungsortproblematik in vollem Umfang bestehenbleibt. Generell gesagt ist daher eine Ehrverletzung durch die Presse dort als begangen anzusehen, wo der Kläger seinen gesellschaftlichen bzw. geschäftlichen Mittelpunkt hat ²²⁸.

Bei einem deutschen Kläger ist dies — für kollisionsrechtliche Zwecke — in der Regel Deutschland ²²⁹; insofern decken sich also *lex loci* und Personalstatut ²³⁰. Schadensersatzansprüche richten sich somit nach dem Recht des Begehungsortes.

Hinsichtlich des negatorischen Widerrufsanspruchs kann nichts anderes gelten; auch hier steht die Verletzung der Ehre bzw. des Geschäftskredits im Mittelpunkt. Eine Berücksichtigung des Erscheinungsortes ist in diesem Stadium nicht möglich. Der deliktische Widerrufsanspruch ist ohnehin an die *lex loci* anzuknüpfen, da er ja eine spezifische Form der Wiedergutmachung darstellt.

Mit der Feststellung allein, daß sich der Widerrufsanspruch (gleich welcher Natur) nach der *lex loci* richtet, ist indes noch nicht allzuviel gewonnen, da die Störung von einem anderen Staat ausgeht, nämlich dem Staat, in dem die Zeitung erscheint. Ohne besondere Bedeutung ist hierbei, daß sie auch dort verbreitet wird. Schwierigkeiten verursacht eben die Frage, ob auf Grund einer Norm der *lex loci*, die Aufnahme eines Widerrufs in einer in einem anderen Staat erscheinenden Zeitung angeordnet werden kann.

Stellen wir uns den Fall vor, daß der Streit darüber vor einem deutschen Gericht anhängig ist, so sind zwei Fragen damit aufgeworfen: einmal die prozessuale Frage, ob für einen derartigen Rechtsstreit überhaupt eine deutsche internationale Zuständigkeit angenommen werden kann; zum anderen die internationalprivatrechtliche Frage, ob

227 Von einer Diskussion der inneramerikanischen Problematik dieses Gesetzes kann hier abgesehen werden.

§ 1 hat folgenden Wortlaut: „No person shall have more than one cause of action for damages for libel, slander or invasion of privacy or any other tort founded upon any single publication or exhibition or utterance, such as any one edition of a newspaper or book or magazine or any one presentation to an audience or any broadcast over radio or television or any one exhibition of a motion picture. Recovery in any action shall include all damages for any such tort suffered by the plaintiff in all jurisdictions.“

228 Dies braucht nicht notwendigerweise auch der Wohnsitz zu sein (bzw. der rechtliche Mittelpunkt einer juristischen Person).

229 Örtliche Differenzierungen innerhalb Deutschlands können insoweit unberücksichtigt bleiben.

230 Falls man die einzelnen Ausstrahlungen der Persönlichkeit an das Personalstatut anknüpfen will.

die deutsche lex loci Anordnungen, die im Ausland zu befolgen sind, treffen kann.

Zur ersten Frage: Es wurde schon bei der Behandlung der internationalen Zuständigkeit für die Unterlassungsklage erörtert, daß die deutschen Gerichte in der Regel immer dann auch international zuständig sind, wenn sie nach der ZPO örtlich zuständig sind. Für die vorliegende Problematik ergibt sich daraus, daß der allgemeine Gerichtsstand des verantwortlichen Redakteurs bzw. Verlegers einer ausländischen Zeitung in den wenigsten Fällen im Inland liegt, sondern durchweg im Ausland. Es kann daher nur ein besonderer Gerichtsstand, entweder der des Vermögens nach § 23 ZPO oder der der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO in Betracht kommen. Der Gerichtsstand des Vermögens scheidet deshalb aus, weil im Normalfall der Widerrufsanspruch nicht als vermögensrechtlicher Anspruch angesehen werden kann. Lediglich in den Fällen der Kreditschädigung ist dies zu bejahen. Für die anderen Fälle bleibt daher nur der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO übrig. Bei Sachverhalten wie dem vorliegenden, bei dem man von einer „internationalen Gesamthandlung“ sprechen kann, weil die Handlung von einem Ort aus ihren Ursprung nimmt, aber u. U. in den Bereichen mehrerer Rechtsordnungen ein Delikt begangen wird, wird dieser faktisch einheitliche Vorgang in so viele Einzelhandlungen aufgespalten, als Rechtsordnungen davon betroffen werden. Für die internationale Zuständigkeit bedeutet dies, daß die deutschen Gerichte nur insoweit ihre internationale Zuständigkeit bejahen, als § 32 ZPO rechtlich von dem faktischen Ganzen erfaßt wird²³¹; auf unsere Fälle bezogen heißt dies, daß nur insoweit abgeurteilt werden kann, als Deutschland von der unerlaubten Handlung berührt wird. Eine internationale Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs gibt es demnach für die deutsche Rechtsprechung nicht²³². Verletzt die Presse die Ehre eines einzelnen, so bedeutet dies in diesem Zusammenhang nicht allzuviel; die Verletzung erfolgt bei einem Deutschen — wie festgestellt — in Deutschland. Anders ist die Sachlage bei kreditschädigenden Äußerungen durch die Presse. Eine deutsche Firma mit weltweiten Beziehungen genießt auch Kredit in anderen Ländern, der durch eine „Gesamthandlung“ der genannten Art geschädigt werden kann. Hat die beklagte Zeitung in einem solchen Fall kein Vermögen im Inland, so bleibt dem Kläger allein der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, der zudem nur einen Teil des gesamten tatsächlichen Vorgangs rechtlich zu erfassen vermag.

Aus Zweckmäßigkeitgesichtspunkten könnte man bei solchen Fallgestaltungen eine internationale Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs annehmen, was aber in der Praxis infolge der decidierten Ab-

231 So der BGH im Zeiss-Urteil GRUR 1958, 197.

232 Sämtliche Autoren hüllen sich über diesen Punkt in Schweigen.

sage des BGH im Zeiss-Urteil an eine umfassende rechtliche Heranziehung des gesamten Tatsachenvorganges auf taube Ohren stoßen dürfte²³³. Nicht zu übersehen ist freilich auch, daß der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nur einem Teil der verschiedenen Prozessordnungen bekannt ist. Aus diesem Grund kann die sich aus der Rechtsprechung ergebende Unzuträglichkeit noch hingenommen werden. Auf der anderen Seite erlaubt Art. 14 C.c. jedem Franzosen, in Frankreich seine Ansprüche gegen einen Ausländer geltend zu machen.

Zur zweiten Frage: Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, Anordnungen zu treffen, die Ge- oder Verbote enthalten, die im Ausland zu befolgen sind, wurde schon bei der Unterlassungsklage bejaht. Als weiteres Erfordernis wurde aber auch verlangt, daß die Rechtsordnung des Vornahmestaates eine solche Handlung gleichfalls ge- bzw. verbieten kann, da sonst die materiell-rechtliche Grundlage fehlen würde, also der positive oder negative Leistungsbefehl. Diese Feststellung gilt auch hier. Würde nämlich der Widerruf allein auf deutsches Recht gestützt, so würde dem Beklagten ein Tun befohlen, wozu er am Erscheinungsort gar nicht verpflichtet ist. Dies ist aber schon im Hinblick darauf, daß der Widerruf zum überwiegenden Teil am (ausländischen) Erscheinungsort verbreitet wird, unzumutbar; denn die Zahl der im Ausland verbreiteten Exemplare wird im allgemeinen nur ein Teil der Gesamtauflage des Blattes ausmachen. Läßt die Rechtsordnung des Erscheinungsortes den Widerruf zu und wird er angeordnet, so ist damit auch dem inländischen Recht Genüge getan. Das Recht des Erscheinungsortes wird insoweit auch auf im Ausland (hier Deutschland) spielende Vorgänge angewandt.

Sollte es technisch möglich sein, in die im Inland verbreitete Auflage einer ausländischen Zeitung oder Zeitschrift allein den Widerruf aufzunehmen, so könnte insoweit auch nur nach dem deutschen Recht eine Verurteilung zum Widerruf ergehen. Im anderen Fall kann sie aber nur nach dem Recht des Erscheinungsortes erfolgen. Gewöhnlich kommt deshalb ein Widerruf nur in Frage, wenn auch der Erscheinungsort zugleich Begehungsort ist, so daß hier das interessante Ergebnis eintritt, daß für ein Delikt die Rechtsfolge aus zwei Rechtsordnungen entnommen werden muß. Für den negatorischen Widerrufsanspruch gilt nichts anderes; bis auf die Schuld müssen dieselben Voraussetzungen vorliegen.

233 Die Crux der ganzen Situation hat ihren Grund in dem Postulat, daß ein Anspruch rechtlich nur insoweit durch das Gericht des speziellen Gerichtsstands nachgeprüft werden kann, als dieser dessen Zuständigkeit begründet. Dagegen bisher nur Nikisch, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Tübingen 1935, S. 155 ff.

2. Der Gegendarstellungsanspruch

a) im interlokalen Presserecht

Der Gegendarstellungsanspruch ist darauf gerichtet, daß die „Berichtigung“ einer in einem periodischen Druckwerk erschienenen Tatsachenbehauptung²³⁴ durch den Betroffenen verlangt werden kann. Ob die geforderte „Berichtigung“ (besser Gegendarstellung) der Wahrheit entspricht, ist gleichgültig. Dabei ist weiter bedeutsam, daß die in der Presse erschienene Tatsachenbehauptung keine Verletzung eines Rechtsguts bzw. Rechts des Betroffenen darstellen muß.

Mit dem BGH²³⁵ ist anzunehmen, daß der Gegendarstellungsanspruch ein Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Er ist also nicht in erster Linie im öffentlichen Interesse geschaffen worden, wie dies früher die sog. öffentlich-rechtliche Theorie angenommen hatte²³⁶, sondern im Interesse des einzelnen Betroffenen, der sich bei Berührung seiner Interessensphäre durch die Presse mit den gleichen Mitteln äußern, wehren oder verteidigen können soll; vor dem gleichen Forum also, vor das er auch durch die Presse gebracht worden ist. Der Grund des Anspruchs ist demnach mehr im Privatrecht zu suchen, auch wenn der Standort der einzelnen positiven Vorschriften wie § 11 RPG, Art. 10 BayPG, § 10 HessPG²³⁷ mehr zu der Annahme verleitet, daß es sich hierbei um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handle.

Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob man den durch die einzelnen Pressegesetze der Länder gegebenen Gegendarstellungsanspruch als eine Form des Kontrahierungszwanges ansehen kann²³⁸; denn ein Vertrag kommt zwischen dem Gegendarstellungspflichtigen (meist ist es der verantwortliche Redakteur, teilweise auch der Verleger) und dem Betroffenen nicht zustande. Die Verpflichtung entspringt vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz, das dem Betroffenen den Anspruch gewährt; gleichwohl ist natürlich eine gewisse Tendenz, daß bei der Gewährung des Anspruchs auch das öffentliche Interesse mitschwingt, nicht abzustreiten, zumal die Sache sich auf dem Feld der Meinungsbildung insoweit abspielt, als durch die Pressebehauptungen in der Leserschaft eine bestimmte Vorstellung von dem Betroffenen hervorgerufen wird, auch wenn die Verbreitung einer Tatsachenbehauptung durch die Presse nicht als Meinung angesehen wird. Insoweit kann

234 Anders das französische Pressegesetz, das zwischen Tatsachen und Werturteilen keine Unterscheidung trifft.

235 NJW 1962, 48. Eingehend nunmehr Köbl, Das presserechtliche Entgegnungsrecht und seine Verallgemeinerung, Berlin 1966.

236 Nachweise bei Löffler aaO § 11 RPG Anm. 7.

237 Die einzelnen Bestimmungen sind abgedruckt bei Roeber-Alberding, Recht der Presse, Bd. 1: Synoptische Darstellung der Pressegesetze der Bundesländer, Köln-Berlin-Bonn-München o. J.

238 Wie Mannheim, Prozeßrecht, Berlin 1927, S. 23, dies tun will.

man, um mit der kollisionsrechtlichen Terminologie zu reden, von einem privatrechtlichen Anspruch mit ordre public-Färbung sprechen.

aa) örtliche Zuständigkeit

Für die Durchsetzung des presserechtlichen Gegendarstellungsanspruchs haben sowohl das Reichspressegesetz als auch die einzelnen Pressegesetze der Länder keinen speziellen Gerichtsstand vorgesehen. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich also nach den allgemeinen Vorschriften. Da der Gegendarstellungsanspruch teils zivilrechtlich, teils strafrechtlich (oder auch wahlweise²³⁹) geltend gemacht werden kann, ergeben sich hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeiten gewisse Verschiedenheiten.

Der Gegendarstellungsanspruch selbst ist, wie bereits betont, ein zivilrechtlicher Anspruch. Für ihn kommt, da er nicht deliktischer Natur ist, § 32 ZPO (Gerichtsstand des Begehungsortes) primär nicht zur Anwendung²⁴⁰. Der letztere Gerichtsstand ist nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn man in einer bereits vom Betroffenen verlangten Gegendarstellung, der der Redakteur nicht nachgekommen ist, ein Delikt sieht, weil die den Gegendarstellungsanspruch gewährende Norm ein Schutzgesetz im Sinn des § 823 Abs. 2 BGB sei²⁴¹. Ergibt indes die erste Aufforderung zum Abdruck einer Gegendarstellung an den zur Vornahme Verpflichteten, so ist allein der allgemeine Gerichtsstand des Verpflichteten nach §§ 12, 13 ZPO gegeben. Dies ist der Wohnsitz des Verpflichteten, der aber mit dem Erscheinungsort der Zeitung bzw. Zeitschrift nicht identisch zu sein braucht²⁴². Es kommt demnach darauf an, worauf die Klage gestützt wird.

Wird der Gegendarstellungsanspruch im Strafverfahren geltend gemacht, was eine Übertretung nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 RPG voraussetzt, so ist neben dem Gerichtsstand des Wohnsitzes nach § 8 StPO auch der Gerichtsstand des Begehungsortes nach § 7 Abs. 1 StPO gegeben. Begehungsort dieser Straftat, der Unterlassung einer Gegendarstellung, ist einmal der Ort, an dem die Gegendarstellung hätte erfolgen sollen, also in der Regel der Erscheinungsort. Der Erscheinungsort selbst ist dort zu sehen, wo die Zeitung bzw. Zeitschrift verlegt wird²⁴³. Zum anderen liegt der Begehungsort einer Straftat auch dort, wo die Unterlassung ihren Erfolg zeitigt. Bei der Gegen-

239 Z. B. Art. 10 Abs. 3 BayPG.

240 Einhellige Meinung, statt vieler Wenzel, JZ 1962, 112 ff.

241 Dieses Problem kann hier nicht weiter erörtert werden. Vgl. Neumann-Duesberg, NJW 1960, 2034.

242 Ferner kann der Betreffende mehrere Wohnsitze haben. Der Gerichtsstand der Niederlassung kommt allenfalls für den Verleger in Frage, soweit er, wie dies nach einigen Landespressegesetzen der Fall ist, ebenfalls Verpflichteter ist.

243 Vgl. Löffler aaO § 6 Anm. 7.

darstellung ist dies am Ort der zentralen Lebensinteressen des Anspruchsträgers, gewöhnlich also am Wohnsitz; nur hier vermag er seinen eigentlichen Zweck, nämlich Gegeninformation der Leserschaft durch den Berechtigten, zu erreichen. Hier ist der Berechtigte in der Regel bei der Leserschaft auch mehr oder minder bekannt. Nach § 7 StPO (i. V. m. § 3 Abs. 3 StGB)²⁴⁴ sind demnach der Erscheinungsort (= Verlagsort) und der Wohnsitz des Anspruchsberechtigten (als Verbreitungsort)²⁴⁵ Begehungsorte. Bei Gegendarstellungen mit wirtschaftlichem Inhalt kommt dazu noch jeder Verbreitungsort in Frage, an dem wirtschaftliche Interessen des Berechtigten berührt werden.

Zum zivilrechtlichen wie strafrechtlichen Gerichtsstand ist noch zu bemerken, daß es einige große Zeitungen gibt, die verschiedene regionale Ausgaben besitzen, die an den verschiedenen Niederlassungen erscheinen, also auch mehrere Erscheinungsorte haben. Dabei ist es möglich, daß gewisse Teile dieser Zeitung einheitlich sind und von einer Stelle aus redigiert werden. In diesem Fall kann der Gegendarstellungsanspruch auch zu mehreren Erscheinungsorten²⁴⁶ in Beziehung gebracht werden.

bb) Die Frage der Rechtsanwendung

Bereits eingangs dieses Kapitels ist schon erwähnt worden, daß in der presserechtlichen Literatur die Frage der Zuständigkeit von der der Rechtsanwendung nicht mit der genügenden Klarheit geschieden wird²⁴⁷.

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Anwendung anderen Presserechts als des am Gerichtsort geltenden im interlokalrechtlichen Bereich nicht damit abgetan werden kann, es handle sich um einen stark öffentlich-rechtlich gefärbten Anspruch, der daher nicht durchgesetzt werden könne. Ein Einwand, der im Bereich des IPR meist sehr schnell bei der Hand ist. Desgleichen scheitert daran die Durchsetzung auf strafrechtlichem Wege nicht, denn im interlokalen Strafrecht ist es möglich, auch fremdes Strafrecht anzuwenden²⁴⁸.

Da die Frage der Rechtsanwendung irgendwelche Konfliktslagen zwischen mehreren anwendbaren Rechten voraussetzt, muß nunmehr geprüft werden, ob im Presserecht überhaupt solche Konflikte hinsicht-

244 Diese Bestimmung gilt auch im interlokalen Strafrecht. Schönke-Schröder, StGB, 13. A., München u. Berlin 1967, Vorb. VII 2 zu § 3.

245 Unrichtig insoweit Löffler aaO S. 637, nach dem nur der Erscheinungsort Begehungsort sein kann.

246 Vgl. auch Löffler aaO § 6 Anm. 8.

247 S. die dort in Anm. 218 Genannten.

248 BGHSt 7, 55; Schönke-Schröder, Vorb. VII 2 zu § 3, will daneben noch das Wohnsitzrecht des Täters anwenden. Vgl. ferner Schnorr von Carolsfeld, Straftaten in Flugzeugen, S. 23 Anm. 11.

lich des Gegendarstellungsanspruchs entstehen können²⁴⁹ oder ob nicht das zuständige Gericht nur das Presserecht der *lex fori* anzuwenden hat²⁵⁰.

Im interlokalen Bereich können sich folgende Konfliktlagen ergeben:

(1) Der Gegendarstellungsanspruch wird auf deliktische Grundlage gestützt, was nach der h. M. ja inöglich ist. Dabei ergeben sich verschiedene Behebungsorte, mindestens zwei: nämlich der Erscheinungs- und der Verbreitungsort²⁵¹.

(2) Der verantwortliche Redakteur (bzw. Verleger, soweit dieser ebenfalls herangezogen werden kann) wohnt in einem anderen Land als in demjenigen, in dem der Erscheinungsort liegt.

(3) Es handelt sich um eine Zeitung mit verschiedenen Erscheinungsorten, die in Frage stehende Tatsachenbehauptung erschien aber in allen Ausgaben. Ein Erscheinungsort untersteht bei dieser Sachgestaltung in der Regel dem gleichen Presserecht, wie das am Wohnsitz des Klägers geltende. Der verantwortliche Redakteur kann wiederum woanders seinen Wohnsitz haben, sei es auch nur an einem anderen Erscheinungsort²⁵².

Die Beispiele (2) und (3) zeigen, daß auch Konflikte entstehen können, ohne auf das Beispiel (1) zurückgreifen zu müssen. Gegen Beispiel (1) läßt sich mit Neumann-Duesberg²⁵³ nämlich einwenden, daß nicht über eine Schadensersatzklage, die Erfüllung des in einer Spezialnorm enthaltenen Gegendarstellungsanspruch erzwungen werden kann. Dies hat allerdings nur zur Folge, daß in diesem Fall der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht mehr herangezogen

249 Koebel, NJW 1964, 1108 hält dies zwar für möglich, macht aber selbst darüber keine näheren Ausführungen. Ebenso Greiff, NJW 1950, 242. Vgl. jetzt auch Köbl aaO S. 152 f.

250 So Scholz, WRP 1961, 338 Sp. 2. Er will zwar § 32 ZPO anwenden, lehnt aber ohne Begründung einen Einfluß auf die Frage nach dem anzuwendenden Recht ab (aaO S. 339 Sp. 1).

In gleicher Weise verfährt das OLG Frankfurt in seinem unveröffentlichten Beschluß vom 25. 11. 1949 (zitiert bei Greiff aaO S. 242 Anm. 5 und vom gleichen Gericht in seiner in NJW 1960, 2059 veröffentlichten Entscheidung). — Verneinend, jedoch mit unzutreffender Begründung, Reh-Groß, Hessisches Pressegesetz, Wiesbaden 1963, § 10 Anm. 9; Rehmann-Ott-Storz, Das baden-württembergische Gesetz über die Presse (Landespressegesetz), Stuttgart 1964, Vorb. 6 vor § 11, und Roeber-Alberding, Recht der Presse, Bd. 9: Pressegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Köln-Berlin-Bonn-München o. J., Vorb. 3 c zu § 11.

251 Knüpft man nur an das Recht des Erfolgsorts an, als dem Quasiverletzungsort, so kommt man immer zur Anwendung eines anderen Presserechts als demjenigen, das am Wohnsitz des Redakteurs gilt, wenn dieser in einem anderen Rechtsgebiet wohnt.

252 Für die sog. Maternpresse ergeben sich diese Probleme nicht, da verantwortlicher Redakteur hier nicht derjenige ist, der an der Ausarbeitung der Matern beteiligt ist, sondern derjenige, in dessen Zeitung der fragliche Bericht erscheint.

253 AaO NJW 1960, 2034.

werden kann, jedoch nicht, daß die Frage nach dem anwendbaren Presserecht entbehrlich wird, weil ja trotzdem verschiedene Länder mit eigenem Pressegesetz berührt sein können.

Eine generelle Anknüpfung des Gegendarstellungsanspruchs an das Presserecht der *lex fori* ist ebenso eine Behelfslösung, wie wenn im IPR auf sie zurückgegriffen wird ²⁵⁴.

Technische Probleme (etwa sprachliche Probleme) entstehen bei der Anwendung von fremdem Landespresserecht nicht. Als praktischer Grund kann allein ein gewisser interlokaler „homeward-trend“ ins Gewicht fallen. Eine sachgemäße Lösung hat sich daran zu orientieren, daß zumindest der dem Presserecht am meisten entsprechende Punkt für die Anknüpfung des Gegendarstellungsanspruchs gesucht wird.

Als solcher bietet sich zunächst der Erscheinungsort an. Dieser Ort ist die Stelle, an der aus dem bisher reinen Internum das fertige Produkt „Zeitung“ an die Öffentlichkeit tritt ²⁵⁵. Sie ist für die Öffentlichkeit der Ursprungsort der Zeitung.

Die Frage, wo im einzelnen der Erscheinungsort zu suchen ist, ist damit natürlich noch nicht beantwortet. Als Erscheinungsort bieten sich der Redaktions-, Verlags-, Druck- und auch der Ausgabeort der Zeitung an. Ausgeschieden werden kann der Verbreitungsort, da dieser ja gerade vom Erscheinungsort verschieden sein kann. Die Suche nach dem geeignetsten Ort als Erscheinungsort schließt freilich nicht aus, daß eine Zeitung mehrere Erscheinungsorte haben kann, sei es, daß ein Teil der Auflage am Druckort, sei es, daß ein anderer Teil am Redaktionsort ausgegeben wird ²⁵⁶ oder daß eine Zeitung mehrere Ausgaben (z. B. eine west- und eine norddeutsche Ausgabe) hat.

Im allgemeinen ist der Verlagsort als Erscheinungsort anzusehen ²⁵⁷, hier beginnt im Normalfall die Ausgabe der Zeitung, hier dringt sie an die Öffentlichkeit.

Für den Gegendarstellungsanspruch bedeutet diese Feststellung, daß dieser erst am Erscheinungsort zur Entstehung gelangt; vor dem Erscheinen ist an die Öffentlichkeit noch nichts mitgeteilt worden. Wird also eine Gegendarstellung verlangt, so ist diese auch dort vorzunehmen und nicht am Ort des Redaktionssitzes ²⁵⁸, falls dieser an

254 Da manche Landespressegesetze z. B. Art. 10 BayPG und § 10 HessPG auch den Verleger zur Veröffentlichung der Gegendarstellung verpflichten, der Verleger seinerseits aber an einem anderen Ort mit anderem Presserecht wohnen kann, ist die hier zur Debatte stehende Frage nicht bloß dogmatischer Natur.

255 Ob zum Erscheinen der Zeitung die willentliche Entäußerung oder das bloße Gelangen an die Öffentlichkeit notwendig ist, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. Löffler aaO § 6 Anm. 6).

256 Vgl. RG JW 1914, 699.

257 RGSt 64, 292. Zum urheberrechtlichen Begriff der Veröffentlichung und des Erscheinens vgl. aber § 6 Urheberrechtsgesetz.

258 Widersprüchlich BayObLGZ 1958, 193, 194, das den Erscheinungsort mit dem Redaktions- bzw. Druckort gleichsetzt, was aber nicht immer zutreffend ist.

einem anderen Ort als dem Erscheinungsort liegen sollte; denn die Gegendarstellung selbst soll ja wieder in der Zeitung erscheinen. Mit der Vornahme der Gegendarstellung allein ist dem Anspruch nicht Genüge getan. Die Nummer, in der die Gegendarstellung abgedruckt wird, muß also zumindest erscheinen. Dies setzt voraus, daß mit ihrer Verbreitung am Erscheinungsort begonnen worden sein muß. Ob man eine Verbreitung an dem Ort, an dem der Kläger wohnt, fordern kann, ist wohl zu verneinen, nachdem mit dem Erscheinen dem Kläger und Publikum die Möglichkeit gegeben ist, von der Gegendarstellung Kenntnis zu nehmen. Die weitere Verbreitung der Zeitung kann mit dem Gegendarstellungsanspruch nicht verlangt werden. Aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wird sich freilich ergeben, daß die Zeitung auch am Wohnort des Klägers verbreitet werden wird.

Es bleibt daher festzustellen, daß die Gegendarstellung am Erscheinungsort vorzunehmen ist. Dies bedeutet, daß auch das am Erscheinungsort geltende Presserecht darüber entscheidet, ob und in welchem Umfang eine Pflicht zur Gegendarstellung besteht. Welcher Gerichtsstand gegeben ist, ist eine davon unabhängige Frage. In verschiedenen Fällen ist daher ein von der *lex fori* unterschiedliches Presserecht anzuwenden.

Liegt demnach der allgemeine Gerichtsstand des Verpflichteten in einem anderen Rechtsgebiet als der Erscheinungsort, so richtet sich der Gegendarstellungsanspruch nach dem Recht des Erscheinungsortes. Im Fall (3) (mehrere Erscheinungsorte einer Ausgabe) stehen an sich mehrere Rechte zur Auswahl. Der Anspruchsberechtigte wird hauptsächlich daran interessiert sein, daß die Gegendarstellung an dem Erscheinungsort vorgenommen wird (also auch erscheint), der für seine Belange am bedeutsamsten ist. Dies ist meist der Erscheinungsort, der im Rechtsbereich seines Wohnsitzes liegt. Der Berechtigte kann aber auch daran interessiert sein, daß die Gegendarstellung für den gesamten Erscheinungsbereich der Zeitung erfolgen soll, vor allem bei Behauptungen, die geschäftliche Bedeutung haben. Hier kann er verlangen, daß die ganze Auflage mit der Gegendarstellung erscheint.

b) im internationalen Presserecht

Obwohl gerade die Presse eines derjenigen Mittel ist, mit der der Kontakt zum Ausland besonders leicht hergestellt werden kann und wird, ist das internationale Presserecht ein nahezu gänzlich unbeschriebenes Blatt ²⁵⁹. Besteht nun auch hier, wie im interlokalen Presse-

²⁵⁹ Allein Neumeyer, IVerwR I, S. 186 f. hat bisher die internationalrechtliche Seite des Gegendarstellungsanspruchs kurz gestreift. Für das frühere Reichspressegesetz wurde nur festgestellt, daß auch einem Ausländer ein Berichtigungsrecht zustehe: Kitzinger, Das Reichsgesetz über die Presse vom 7. 5. 1874, Tübingen 1920, S. 73; Häntzschel, Reichspreßgesetz, Berlin 1927, § 11 Anm. 5; ders., Das Deutsche Preßrecht, Berlin 1928, S. 31.

recht für den Betroffenen die Möglichkeit, von ihm für irreführend gehaltene, von einer ausländischen Zeitung aufgestellte Tatsachenbehauptungen mittels der Gegendarstellung „berichtigen“ zu können?

Diese Frage läuft auf eine Prüfung der Behauptung von Löffler²⁶⁰ hinaus, der meint, daß, solange eine internationale Regelung der Gegendarstellung fehle, die im Inland verbreiteten ausländischen Zeitungen einem Entgegnungszwang nicht unterliegen würden, weil dessen Durchführung nicht möglich sei.

Will man dem Problem mit den unter a) entwickelten Gedanken zu Leibe rücken, so ergeben sich in der Tat große Schwierigkeiten. Es bereitet hier schon die größte Mühe, einen inländischen Gerichtsstand zu finden. Des weiteren kann die schon im internen Recht umstrittene Qualifikation des Gegendarstellungsanspruchs erst recht im eigentlichen kollisionsrechtlichen Bereich einige Verwirrung stiften. Es empfiehlt sich daher, nicht einfach die für das inländische Recht gewonnenen Ergebnisse auf diesen Bereich übertragen zu wollen.

Eine Lösung läßt sich u. E. nur dadurch gewinnen, daß zuerst einmal die Stellung des Presserechts im Rechtssystem betrachtet wird. Falsch wäre es, voreilige Schlüsse allein aus der keineswegs gesicherten privatrechtlichen Einordnung des Gegendarstellungsanspruchs zu ziehen. Immerhin muß beachtet werden, daß der Gegendarstellungsanspruch im Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften des Presserechts geregelt worden ist, was wohl nicht nur allein als ein „unglücklicher Zufall“ angesehen werden kann.

Das Presserecht läßt sich nicht einfach entweder dem Bereich des öffentlichen Rechts oder dem des Privatrechts zuordnen. Es enthält vielmehr wie viele modernere Gesetze systematisch heterogene Bestimmungen, die teils dem Zivilrecht teils dem öffentlichen (auch Straf-) Recht zuzuweisen sind. Von der Systematik her gesehen kann man daher sagen, daß es sich beim Presserecht (worunter nicht allein die verschiedenen Pressegesetze zu verstehen sind, sondern auch andere Vorschriften) um ein Mischrecht handelt.

Im Mittelpunkt steht die Ordnung der Presse als wichtigem Faktor des öffentlichen Lebens. So gesehen ist dem Presserecht ein überwiegend öffentlich-rechtlicher Gehalt zuzuschreiben. Privatrechtliche Ausflüsse, wie der Gegendarstellungsanspruch, treten demgegenüber in den Hintergrund, auch wenn es hierbei für die Praxis um eine der wichtigsten Bestimmungen des Presserechts geht. Auf jeden Fall handelt es sich bei den Vorschriften des Presserechts um zwingende Vorschriften, ohne daß es nun darauf ankommt, ob sie im Einzelfall als privat- oder öffentlich-rechtlich anzusehen sind. Daraus ergibt sich,

260 Presserecht, § 11 RPG Anm. 47.

daß auch die ausländische Presse, soweit sie im Inland tätig wird, diesen Vorschriften unterworfen ist.

Damit ist schon implizit festgestellt, daß an sich inländisches Presse-recht²⁶¹ auf ausländische Zeitungen anwendbar ist. Dagegen spricht nicht, daß nach § 6 RPG ausländische Zeitungen dem Impressums-zwang nicht unterliegen. Aus dieser Vorschrift kann im Gegenteil geschlossen werden, daß bis auf diese Bestimmung auch die übrigen auf ausländische Zeitungen und Zeitschriften anwendbar sein sollen.

Mit dem Gegendarstellungsanspruch soll sich ja der Betroffene in dem Presseorgan Gehör verschaffen können, um eine aus seiner Sicht einseitige Unterrichtung der Leserschaft zu verhindern²⁶². Es soll dem Grundsatz „*audiat et altera pars*“ Rechnung getragen werden. Die Presse wird dadurch gehindert, durch den Gebrauch des Mediums „Presse“ einen zu großen Vorsprung vor dem einzelnen Betroffenen zu gewinnen.

Die Durchsetzung derartiger Ordnungsnormen²⁶³ durch einen fremden Staat scheidet wohl aus; denn dieser Bereich zwingender Normen ist, ohne daß man etwa die französische Auffassung zu teilen braucht, dem *ordre public* zuzurechnen. Es kann sich also hier nur darum handeln, festzustellen, wann inländisches²⁶⁴ Presserecht anzuwenden ist; folglich steht allein die Bildung einer einseitigen Kollisionsnorm zur Diskussion (mindestens in praktischer Hinsicht).

Die Frage spitzt sich ferner darauf zu, ob ein derartiger Anspruch gegen eine ausländische Zeitung, die im Inland verbreitet wird, überhaupt durchsetzbar ist²⁶⁵. Für die Durchsetzung stehen wiederum der Zivil- als auch der Strafrechtsweg zur Verfügung.

Für den Zivilrechtsweg besteht die Schwierigkeit bereits darin, an den Verpflichteten überhaupt prozessual „heranzukommen“, da wohl ausnahmslos der allgemeine Gerichtsstand der §§ 12, 13 ZPO versagen wird. Die Situation wird dadurch noch um einen Grad auswegloser, weil der Gegendarstellungsanspruch kein vermögensrechtlicher Anspruch²⁶⁶ ist, und daher der Gerichtsstand des Vermögens nach § 23

261 Eine andere Frage ist die, welches Landespressegesetz im Einzelfall angewandt werden muß.

262 Vgl. BGH NJW 1964, 1134.

263 Es besteht hier eine gewisse Verwandtschaft mit den Normen des Wettbewerbsrechts. Die deutsche Rechtsprechung hat zwar prinzipiell keine Einwände gegen die Anwendung ausländischen Wettbewerbsrechts erhoben, doch ist keine Entscheidung ergangen, die sich auf ausländisches Wettbewerbsrecht gestützt hat. Lediglich das Tribunale di Torino wandte in seiner Entscheidung vom 26. 7. 1914 — Riv.dir.comm. 1915 II 166 das deutsche UWG als *lex loci delicti commissi* an.

264 Vgl. Anm. 263.

265 Dies ist von Löffler aaO § 11 Anm. 47 ohne zureichende Begründung abgelehnt worden.

266 BGH VersR 1963, 41 = NJW 1963, 151.

ZPO gleichfalls nicht zur Anwendung kommen kann. Ebenso hat auch § 32 ZPO auszuschneiden. Aus der Natur des Gegendarstellungsanspruchs als eines nichtvermögensrechtlichen Anspruchs folgt indes noch nicht, daß die deutschen Gerichte eine ausschließliche Zuständigkeit besitzen; eine so weitgehende Parallelität zwischen materiellem Recht und internationaler Zuständigkeit besteht nicht²⁶⁷. Auf der anderen Seite fehlt einem dritten Staat *ratione materiae* die internationale Zuständigkeit; er ist sachlich international unzuständig. Sind nun aber trotz Fehlens eines ausdrücklichen Gerichtsstandes im Inland die deutschen Gerichte international zuständig? Kann auf dem Wege der Analogie ein deutscher Gerichtsstand begründet werden?

Da hier ein Bedürfnis nach einer inländischen Entscheidung besteht, und ferner internationale Zuständigkeit *ratione materiae* anzunehmen ist, kann eine Entscheidung in der Sache nicht deshalb verwehrt sein, weil die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit keinen Gerichtsstand im Inland bereitstellen. An diesem Punkt zeigt sich deutlich, daß internationale Zuständigkeit und örtliche Zuständigkeit sich nicht unbedingt zu decken brauchen und auch nicht immer decken können, sondern daß internationale Zuständigkeit auch dann bestehen kann, wenn es an einem inländischen örtlichen Gerichtsstand fehlt²⁶⁸. Würde man die internationale Zuständigkeit ablehnen, so käme dies einer Rechtsverweigerung gleich. Das Problem liegt indes vor allem darin, wie das örtlich zuständige (inländische) Gericht zu ermitteln ist²⁶⁹. Als Ausweg bietet sich die analoge Anwendung der bestehenden Zuständigkeitsvorschriften an. Damit entsteht freilich eine gewisse Unsicherheit, diese muß aber, solange keine gesetzliche Regelung der Materie erfolgt, in Kauf genommen werden. Sie ist einer Rechtsverweigerung immer noch vorzuziehen²⁷⁰.

Wie schon mehrfach betont, ist der Gegendarstellungsanspruch kein deliktischer Anspruch, sondern ein spezifisch presserechtlicher Anspruch. Er kann jedoch trotzdem als *obligatio ex lege* betrachtet werden und hat auch eine gewisse Ähnlichkeit mit einer *obligatio ex delicto*. Für die Zwecke der Zuständigkeitsbegründung kann er somit wie die Deliktsobligationen behandelt werden. Da der Erscheinungs-

267 Vgl. Riezler, IZPR, S. 239.

268 Zu diesem Problem Matthies aaO S. 50-59; vgl. ferner auch Pagenstecher, RabelsZ 11 (1937) S. 381 Anm. 2.

269 Der hier zur Diskussion stehende Fall ist vom österreichischen Recht positivrechtlich gelöst worden. § 28 JN schreibt die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts durch den OGH vor. Die ähnliche Norm von § 35 der deutschen ZPO ist hier nicht einschlägig, da sie das Bestehen der örtlichen Zuständigkeit bereits voraussetzt. Vgl. aber zu § 28 JN Pollak, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, 2. A., Wien 1932, S. 342 und Petschek-Stagel, Der Österreichische Zivilprozeß, Wien 1963, S. 125 f.

270 *De lege ferenda* wäre dem Vorschlag von Matthies aaO S. 57 zu folgen, der die österreichische Lösung für nachahmenswert hält.

ort einer ausländischen Zeitung naturgemäß nicht im Inland liegt, ist als „Begehungsort“ nur einer der Verbreitungsorte im Inland in Erwägung zu ziehen, und zwar der Wohnsitz des Klägers, falls hier überhaupt eine Verbreitung der Zeitung stattgefunden hat, da dieser der für die gesellschaftlichen Interessen repräsentative örtliche Mittelpunkt ist²⁷¹. Wirtschaftliche Interessen können natürlich auch andere örtliche Beziehungspunkte haben, so daß hier mehrere „Begehungsorte“ angenommen werden können. Eine Verurteilung eines verantwortlichen Redakteurs einer ausländischen Zeitung, eine Gegendarstellung in seiner im Ausland erscheinenden Zeitung abzudrucken, ist daher möglich²⁷². Praktisch ist hierfür jedoch zu fordern, daß eine Gegendarstellung nur dann verlangt werden kann, wenn von der ausländischen Zeitung nicht bloß einige wenige Exemplare im Inland verbreitet werden, sondern zumindest so viele, daß von einer ständigen, inländischen Leserschaft eines solchen Blattes gesprochen werden kann, so daß der Anspruchsberechtigte auch ein gewisses Interesse für sein Verlangen geltend zu machen in der Lage ist.

Daß der Abdruck der Gegendarstellung technisch im Ausland vorzunehmen ist, kann hier nicht ausschlaggebend sein. Es handelt sich insofern lediglich um eine technische Rückwirkung einer für das Inland gebotenen rechtlichen Anordnung. Ob am ausländischen Erscheinungsort dem Betroffenen der gleiche Anspruch zustehen würde, ist nicht weiter zu berücksichtigen. Bei der Verbreitung der Zeitung im Inland haben die verantwortlichen Redakteure und Verleger die inländischen Ordnungsvorschriften zu befolgen, da sie davon nicht ausdrücklich ausgenommen worden sind. Eine Ausnahme hiervon ist nur dann zu machen, wenn sich die betreffenden Personen im Erscheinungsland eines Rechtsverstoßes gegenüber den dort geltenden Normen schuldig machen würden²⁷³.

Ob und wie ein solches Urteil im Inland zu vollstrecken ist, steht wieder auf einem anderen Blatt. U. E. ist dies in der gleichen Weise wie bei der Unterlassungsklage zu lösen²⁷⁴.

Die Verfolgung des Gegendarstellungsanspruchs auf dem Strafrechtsweg führt zu folgendem Ergebnis: Die Unterlassung der Gegendarstellung ist eine Übertretung nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 RPG (soweit

271 Daher ist auch der Gegendarstellungsanspruch dem Pressegesetz zu entnehmen, das an jenem Ort gilt.

272 Die Gegendarstellung ist in der Sprache, in der die Zeitung erscheint, abzufassen und abzudrucken. Vgl. Löffler aaO § 11 Anm. 109.

273 Man kann also hier mittels sog. saving clauses solche Unzuträglichkeiten ausräumen.

274 Es besteht die Möglichkeit, daß Geldstrafen durch Vollstreckung in den Verkaufserlös beigetrieben werden können. Vgl. für einen ähnlichen Fall KG, 5. 12. 1921 —JW 1922, 400 m. ablehnender Anm. v. Kraemer.

dieses als Landesrecht fortgilt). Der ausländische Redakteur begeht also eine Übertretung im Inland. Das zuständige Gericht bestimmt sich nach § 7 Abs. 1 StPO.

Zum Abschluß soll noch auf die englische Entscheidung *Khan v. Ahmed* ²⁷⁵ eingegangen werden, die sich weitgehend mit dem hier aufgefundenen Ergebnis deckt, obwohl Justice *Lynskey* jegliche kollisionsrechtliche Erörterung des Falles beiseite ließ.

Es handelte sich um folgenden Sachverhalt:

Der Beklagte, Londoner Korrespondent einer pakistanischen Zeitung, berichtete in dieser über ein Treffen einer pakistanischen Studentenföderation, das in London stattfand. Der Kläger glaubte sich durch den Zeitungsartikel beeinträchtigt und verlangte Schadensersatz wegen Beleidigung. Die pakistanische Zeitung selbst wurde in England in 80 bis 100 Exemplaren verbreitet. In einem Brief an den Beklagten forderte der Kläger zunächst „a full apology“. Eine solche wurde aber nicht veröffentlicht. Der Beklagte berief sich unter anderem darauf, daß die Äußerung durch Section 7 Defamation Act 1952 gedeckt sei. Dies bestritt jedoch der Kläger; denn zumindest habe er ein Recht darauf gehabt, daß in der Zeitung ein „reasonable letter or statement by way of explanation or contradiction“ ²⁷⁶ hätte erscheinen müssen.

Justice *Lynskey* ²⁷⁷ wies die Klage jedoch deshalb ab, weil der Brief des Klägers an den Beklagten zu allgemein gehalten sei, in ihm verlange er nur eine „full apology“, was aber nicht ausreiche, um einen „reasonable letter or statement by way of explanation or contradiction“ fordern zu können.

Interessant ist an diesem Fall für uns weniger, ob Section 7 Defamation Act 1952 nun in concreto anwendbar ist oder nicht, sondern daß er allgemein auch für Berichte und Behauptungen ausländischer Zeitungen, die in England verbreitet werden, für anwendbar gehalten wird, soweit die in diesem Gesetz aufgeführten Tatbestände zur Debatte stehen. Dabei kann wenigstens in gewisser Beziehung das „statement by way of contradiction“ dem deutschen Gegendarstellungsanspruch gleichgesetzt werden, obwohl es nicht auf Tatsachen beschränkt ist, da es ja gerade bei Beleidigungen anwendbar sein soll. Auf jeden Fall ist es möglich, daß der Betroffene gegenüber einer ausländischen Zeitung ein solches Begehren erheben kann.

275 (1957) 2 All E. R. 385 per *Lynskey*, J. (Q.B.D.).

276 S. 7 (2) Defamation Act 1952 lautet: „In an action for libel in respect of the publication of any such report or matter as is mentioned in Part II of the Schedule to this Act, the provisions of this section shall not be a defence if it is proved that the defendant has been requested by the plaintiff to publish in the newspaper in which the original publication was made a reasonable letter or statement by way of explanation or contradiction, and has refused or neglected to do so, or has done so in a manner not adequate or not reasonable having regard to all the circumstances.“

277 AaO S. 387.

IV. Der Adhäsionsprozeß

Die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren ist in zahlreichen Ländern möglich²⁷⁸. Sie steht dann zur Wahl des Anspruchsberechtigten, wenn in der strafbaren Handlung zugleich auch ein zivilrechtliches Delikt liegt. Die Gründe für diese Verfahrensart sind mannigfacher Natur; so dient sie einmal der Prozeßökonomie, indem eine Häufung von Verfahren vermieden wird; ferner können dadurch auch einander widersprechende Entscheidungen der Straf- und Zivilgerichte ausgeschaltet werden, weil eben nur ein einziges Gericht über beide rechtlichen Aspekte der Handlung entscheidet²⁷⁹.

Besondere Bedeutung hat der Adhäsionsprozeß in dem vom französischen Recht beeinflussten romanischen Rechtskreis. Deutschland verfügt zwar gleichfalls über diese Institution, aber sie ist nicht besonders heimisch geworden; man kann geradezu von einem „totgeborenen Kind“ sprechen. Allein die mangelnde praktische Relevanz hindert indes niemanden, nicht doch seine Ansprüche in diesem Verfahren geltend zu machen.

Vorauszuschicken ist, daß nur zivilrechtliche Ansprüche auf Grund eines zivilrechtlichen Delikts, das auch den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt, im Adhäsionsprozeß eingeklagt werden können; es geht jedoch nicht um die Durchsetzung von zivilrechtlichen Teilen der öffentlichen Strafe, wie dies etwa bei der Buße der Fall ist²⁸⁰. Die Buße hat ihren Grund im Strafrecht; der Bußanspruch besteht unabhängig von einem etwaigen zivilrechtlichen Anspruch²⁸¹. Auch finden für die verfahrensrechtliche Geltendmachung des Bußanspruchs die Vorschriften über den Adhäsionsprozeß nur entsprechende Anwendung (§ 406 StPO). Ferner gibt es bei der Verurteilung zu einer Buße den Mindestsatz von DM 3,— und den Höchstsatz von DM 10 000,—²⁸².

Wie ist nun zu entscheiden, wenn die strafbare Handlung Berührungspunkte mit dem Ausland besitzt? Hat dies auch einen Einfluß auf die zivilrechtliche Beurteilung der Handlung, nachdem für zivilrechtliche Delikte ja das Prinzip der *lex loci delicti commissi* gilt, die

278 Rechtsvergleichend Schönke, Beiträge zur Lehre vom Adhäsionsprozeß, Berlin und Leipzig 1935 (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge, 3. Bd., 3. Heft).

279 Über das Für und Wider des Adhäsionsprozesses vgl. Schönke aaO S. 145 ff.

280 Nach h. M. ist die Buße, die etwa bei Beleidigung gem. § 188 StGB und Körperverletzung gem. § 231 StGB zugesprochen werden kann, zivilrechtlicher Natur. Vgl. Kern, Festschr. f. E. Mezger, München u. Berlin 1954, S. 407 ff. Zur internationalrechtlichen Seite Schnorr von Carolsfeld, Ufita 37 (1962) 288 Anm. 18, und Straftaten in Flugzeugen, S. 27 Anm. 17.

281 RGSt 44, 294.

282 Art. IV GeldstrafenVO.

vom anzuwendenden inländischen Strafrecht durchaus verschieden sein kann? Die Frage selbst ist in Deutschland noch nicht praktisch geworden²⁸³, wohl aber in anderen Ländern²⁸⁴.

Ein der gerade angedeuteten Problemstellung entgegengesetzt liegender Fall ist von der deutschen Rechtsprechung, nämlich vom OLG München am 28. 8. 1942²⁸⁵, entschieden worden:

Ein Deutscher hatte ein deutsches minderjähriges Mädchen in einem Hotel in Italien vergewaltigt. Vor einem deutschen Zivilgericht wurde Klage auf Ersatz immateriellen Schadens erhoben. Das OLG wandte den strafrechtlichen Gedanken, daß ein Inländer auch wegen einer Auslandstat nach § 3 Abs. 2 und 3 StGB im Inland bestraft werden könne²⁸⁶ auch auf den zivilrechtlichen Ersatzanspruch an und beurteilte daher den Anspruch nach deutschem Recht.

Das OLG meinte also, daß die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts notwendigerweise die des deutschen Zivilrechts nach sich ziehe (zumindest, wenn Klägerin und Beklagter Deutsche sind). Das würde bedeuten, daß ein zivilrechtliches Delikt, auch wenn der Begehungsort²⁸⁷ im Ausland liegt, immer dann nach deutschem Zivilrecht zu

283 In Deutschland ist bislang nur die Frage akut geworden, ob ausländische Adhäsionsurteile anerkannt und vollstreckt werden können.

Ja: LG München I NZ 16 (1906) 252;

nein: LG Wiesbaden RheinZ 13 (1924) 109.

In der Literatur ist die Frage umstritten: dafür Kohlrausch, RheinZ 12 (1923) 129 ff.; Riezler, IZPR, S. 530; Frankenstein, IPR II, S. 381; dagegen: Pagenstecher, RheinZ 12 (1923) 139 ff.; ders., RheinZ 13 (1924) 112; Guldener, IZPR, S. 97 Anm. 34 (b).

Ausländische Urteile über die Anerkennung von fremden Adhäsionsurteilen: vor allem Cass., 7. 12. 1936 — S. 1937.1.63 (wo ein belgisches Adhäsionsurteil anerkannt und für vollstreckbar erklärt wird); vgl. ferner Trib.civ. de Lille, 18. 7. 1895 — Clunet 1896, 1037; Trib.civ. de Belfort, 18. 2. 1913 — Revue 1913, 473 m.N.v. Nast aaO S. 474-478; Cour d'appel de Lyon, 9. 5. 1925 — Revue 1926, 391; Rb Amsterdam, 22. 6. 1931 — N.J. 1932, 325; Rb Arnheim, 28. 12. 1942 — N.J. 1943 Nr. 815; Rb Alkmaar, 27. 1. 1955 — N.J. 1955 Nr. 500. Vgl. auch noch Répert., vol. V, v. Décisions judiciaires étrangères, Nr. 46.

284 Aus der Rechtsprechung: Trib. de la Seine, 9. 8. 1884 — Clunet 1885, 303; Cour d'appel d'Angers, 15. 12. 1891 — Clunet 1892, 1144; Cass. (fr.), Ch.crim., 3. 3. 1923 — Clunet 1924, 171 (interlokal); Cass. (fr.), Ch.crim., 4. 6. 1941 — D. 42,5 m.N.v. Nast = S. 44.1. 133 m.N.v. Batiffol; Cass. (fr.), Ch.crim., 8. 1. 1959 — Rev.crit. 1960, 55 m.N.v. Mezger aaO S. 59-62; Cass. (belge), 21. 2. 1907 — Revue 1909, 951 m. Note (anonym); Cass. (belge), 17. 5. 1957 — Pas. 1957 I 1111 = Rev.crit.jur.belge 1957, 202 m.N.v. Vander Elst = Clunet 1958, 1158 m.N. (anonym) = Revue crit. 1958, 339 m.N.v. Loussouarn aaO S. 341-345. Obergericht Luzern, 14. 1. 1936 — SchwJZ 33 (1936/37) 202 Nr. 149.

285 DR 1943, 246.

286 § 3 StGB war damals neu durch die VO über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6. 5. 1940 eingeführt worden.

287 Das Gericht geht dabei weiter von der Voraussetzung aus, daß der Begehungsort im international-privatrechtlichen und international-strafrechtlichen Sinn in gleicher Weise festzulegen ist. Im angegebenen Beispiel würde sich eine andere Auffassung allerdings nicht auswirken, da ein Distanzdelikt nicht in Frage steht.

beurteilen wäre, wenn deutsches Strafrecht anwendbar ist. Dadurch käme man zu einer Anwendungsparallelität zwischen Zivil- und Strafrecht. Eine derartige Lösung erscheint jedoch nicht unbedingt zutreffend zu sein, da beide Rechtsgebiete schon ihrem Zweck nach verschieden sind. Straf- und Zivilrecht liegen auf verschiedenen Ebenen. Im Strafrecht tritt der Täter dem ihm übergeordneten Staat gegenüber und nicht wie im Zivilrecht jemandem, der ihm gleichgeordnet ist. Der Staat bestraft den Täter aus öffentlichem Interesse, während der Geschädigte, wenn er gegen den Schädiger vorgeht, in der Regel sein eigenes Interesse verfolgt. Demnach sind es verschiedene Interessenlagen, die die beiden Fälle voneinander scheiden²⁸⁸.

Diese Verschiedenheit in den Interessen spiegelt sich auch bei der Frage der Anknüpfung wider. Der Gerichtsstaat bestimmt bei Beziehungen einer Tat mit dem Ausland nur, wann sein eigenes Strafrecht anzuwenden ist; im Zivilrecht läßt er es jedoch zu — aus welchen Gründen auch immer —, daß fremdes Recht angewandt wird. Für das Deliktsrecht bedeutet dies demnach, daß Schadensersatzansprüche sich grundsätzlich nach dem Recht des Begehungsortes beurteilen, aus ihm sind die Sanktionen zu entnehmen.

Der strafrechtlichen wie der zivilrechtlichen Tat ist also nur gemeinsam, daß sie auf einen Täter zurückzuführen ist. Die Gemeinsamkeit liegt somit in erster Linie auf tatsächlichem Gebiet. Daher ist der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch unabhängig von der Anwendbarkeit inländischen Strafrechts anzuknüpfen²⁸⁹. Dies wird noch deutlicher, wenn man den Fall losgelöst vom prozessualen Konnex mit dem Strafrecht betrachtet. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb eine Tat, die zwar nach inländischem Strafrecht unter Strafe gestellt ist, nicht zivilrechtlich nach der *lex loci delicti commissi* zu beurteilen ist. Auch über den Begriff des Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, das ja auch ein Strafgesetz sein kann, kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Der räumliche Geltungsbereich des Schutzgesetzes richtet sich nach den Regeln, die für das Zivilrecht gelten, d. h. daß Auslandstaten, die vom deutschen Strafrecht noch erfaßt werden, nicht mehr durch ein deutsches Schutzgesetz gedeckt werden. Das Strafrecht wird

288 Zu diesem Punkt Colette Laurent, *Quelle est la loi applicable à la réparation d'un dommage causé par un délit commis à l'étranger, mais punissable par la loi pénale belge? En hommage à Léon Graulich, ses anciens élèves, Faculté de droit de Liège 1957*, S. 699.

289 Wengler, *RabelsZ* 18 (1954) 412, meint indes, daß kein Grund ersichtlich sei, bei der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts den zivilrechtlichen Anspruch nicht auch dem deutschen Recht zu unterwerfen. — Für die hier vertretene, gegenteilige Meinung besagt dies nicht viel; denn die gleiche Feststellung kann auch mit umgekehrten Vorzeichen getroffen werden. Warum sollte der zivilrechtliche Anspruch nicht genauso angeknüpft werden, wie es normalerweise getan wird? Für die Anwendung deutschen Zivilrechts wohl auch Staudinger-Raape, *Art. 12 Anm. D V. Ferner Diena, Principi*, vol. II, S. 266 (in der Anmerkung).

in dieser Beziehung nur soweit in das deutsche Zivilrecht „inkorporiert“, als der Geltungsbereich des deutschen Zivilrechts reicht. Das Strafrecht vermag also in derartigen Fällen seinen Geltungsbereich nicht dem Zivilrecht aufzudrängen, die Sachlage ist vielmehr umgekehrt. Im übrigen ist — generell gesehen — das auf Auslandstaaten anwendbare deutsche Strafrecht nur für den deutschen Täter²⁹⁰ gedacht, aber nicht für einen ausländischen, so daß insofern nur eine Begünstigung ausländischer Geschädigter eintreten würde, falls man den Geltungsbereich des Schutzgesetzes nach dem Strafrecht ausrichten würde, was aber praktisch deshalb ohne Bedeutung wäre, weil die ausländischen (europäischen) Zivilrechte meist eine deliktsrechtliche Generalklausel besitzen²⁹¹.

Eine andere Frage ist, ob vom ausländischen Recht gewährte Rechte strafrechtlicher Natur sind und daher in Deutschland nicht durchgesetzt werden können²⁹². Von einer ausführlicheren Erörterung muß hier abgesehen werden, da dabei auf die hier nicht weiter zu verfolgende Qualifikationslehre einzugehen wäre²⁹³.

Eine kurze Bemerkung sei noch über solche Rechtsvorschriften gestattet, die ähnlich dem § 823 Abs. 2 BGB in gewisser Beziehung auf das Strafrecht zurückgreifen und es gleichsam in das Zivilrecht mit einbauen. Als besonderes Beispiel kann die Verjährung von Deliktsansprüchen im französischen Recht angesehen werden²⁹⁴, wonach diese Ansprüche der strafrechtlichen Verjährung unterliegen, wenn die unerlaubte Handlung auch einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt. Es greift dann also die normale (dreißigjährige) Verjährungsfrist des Art. 2262 C.c. nicht ein (Art. 10 code de procédure pénale). Des weiteren ist die Vorschrift des Art. 185 des italienischen codice penale gleichfalls als zivilrechtliche Bestimmung anzusehen, ihr Standort scheint allerdings für das Gegenteil zu sprechen. Doch trägt das

290 Außer Betracht können dabei die Sonderfälle bleiben, in denen das deutsche Strafrecht auch auf Auslandstaaten von Ausländern anwendbar ist.

291 Schweiz: Art. 41 OR; Österreich: § 1294 ABGB; Frankreich: Art. 1382 C.c.; Belgien: Art. 1382 C.c.b.; Italien lehnt sich z. T. an die französische und die deutsche Lösung an, vgl. Art. 2043 einerseits und Art. 2059 c.c. i.V.m. Art. 185 c.p. andererseits.

292 Hierzu Leflar, *Extrastate enforcement of penal and governmental claims*, 46 Harv.L.Rev. 193 ff. (1932-33); Goodrich, *Handbook of the conflict of laws*, S. 24-29. Ferner die interessante Entscheidung des US Supreme Court im Fall *Huntington v. Attrill* 146 US 657 (1892) und des Privy Council im gleichen Fall *Huntington v. Attrill* (1893) A.C. 150.

293 Einige Beispiele werden weiter unten aufgeführt (punitive damages; treble damages).

294 Auch das italienische Recht folgt in Art. 2947 Abs. 3 c.c. diesem System. — Bartin, *Principes* II, S. 413, hält die (nicht mehr geltenden) Vorschriften des Art. 637 code d'instruction criminelle (jetzt Art. 10 code de procédure pénale) für „règles territoriales de droit pénal“. Vgl. insbesondere H. Donnedieu de Vabres, *L'action publique et l'action civile dans les rapports de droit pénal international*, RdC 1929 I 287 ff. (294).

Kapitel, in dem sie enthalten ist, die Überschrift „Delle sanzioni civile“. Mit Recht, denn es wird hier der Ersatz des immateriellen Schadens geregelt. Diese Vorschrift bezieht sich nur insoweit auf das Strafrecht, als sie anordnet, daß nur dann auf Ersatz des immateriellen Schadens geklagt werden kann, wenn der zugrunde liegende Tatbestand eine strafbare Handlung darstellt²⁹⁵. Im anglo-amerikanischen Recht können in bestimmten Fällen punitive oder exemplary damages zugesprochen werden, das sind meist über den Ersatz des gewöhnlichen Schadens hinausgehende Beträge, denen der Charakter einer Privatstrafe anhaftet. Es handelt sich hierbei also um eine gewisse Pönalisierung des zivilrechtlichen Schadensersatzes²⁹⁶. Außerdem ist nach manchen Sondergesetzen eine Verurteilung zu treble damages möglich, so etwa nach Section 7 des Sherman Act (Antitrust Gesetz). Sieht man die genannten Möglichkeiten mehr als Pauschalierungen des Schadensersatzes an, so bestünden an sich keine Einwände, diese Rechtssätze in anderen Ländern anzuwenden^{297, 298}.

1. Monoterritoriale Deliktstatbestände

a) Am einfachsten liegt der Sachverhalt, wenn die Tat im Inland begangen worden ist. Hier wird die Frage der Rechtsanwendung nicht akut. Der räumliche Geltungsbereich des Straf- und des Zivilrechtes decken sich hier vollständig. Begeht also ein Ausländer im Inland eine strafbare Handlung, die zugleich auch ein zivilrechtliches Delikt darstellt, dann ist nur deutsches Recht als *lex loci delicti commissi* anzuwenden; für das Strafrecht ergibt sich dies aus § 4 Abs. 1 StGB, für das Zivilrecht nach dem ungeschriebenen Grundsatz des IPR, daß auf Delikte das Recht des Begehungsortes anzuwenden ist.

b) Nach § 3 Abs. 1 StGB ist das deutsche Strafrecht auch auf Auslandsstaten eines Inländers anwendbar, auf Ausländer nur ausnahmsweise (§ 4 Abs. 2 und 3 StGB). Demnach kann also nach den normalen Rechtsanwendungsregeln der Anwendungsbereich des Straf- und Zivilrechts auseinanderfallen. Als praktische Fälle wären etwa die Ver-

295 Im übrigen findet ein Ersatz des immateriellen Schadens im italienischen Recht nicht statt (Art. 2059 c.c.).

296 Hancock, *Torts in the conflict of laws*, S. 93, meint, daß fremde Gesetze mit strafrechtlichem Einschlag nicht von vornherein ausgeschlossen werden sollten; denn eine derartige Norm würde den Verletzten jeglichen Rechtsschutzes berauben.

297 Über die amerikanische interstate-Praxis: Goodrich, *Handbook*, S. 25, 26.

298 Für die Anwendung ausländischen Kartellrechts setzt sich R. Bär, *Zur Frage der Anwendung ausländischen Kartellrechts in Zivilprozessen*, *SchwJbIR XVIII* (1961) 45 ff., ein. Vgl. in diesem Zusammenhang noch Steindorff, *Die Anerkennung amerikanischer Kartellentscheidungen*, *NJW* 1954, 374 ff. Bär, *Kartellrecht und Internationales Privatrecht*, S. 273 ist freilich der Ansicht, daß einer Verurteilung nach sec. 7 Sherman Act zu dreifachem Schadensersatz der *ordre public* entgegen gesetzt werde.

kehrsdelikte ins Auge zu fassen²⁹⁹, bei denen der Schadensersatzanspruch am Wohnsitz des Täters durchgesetzt wird^{300, 301}. Der zivilrechtliche Anspruch wird, wie bereits ausgeführt, unabhängig vom Strafrecht angeknüpft³⁰². Er richtet sich also nach dem ausländischen Recht (*lex loci delicti commissi*).

Problematisch ist die Sachlage dann, wenn eine Tat nach inländischem Strafrecht bestraft werden kann, die *lex loci* aber an das Verhalten keine zivilrechtlichen Sanktionen knüpft³⁰³. Ist hier dann das inländische Schutzgesetz anzuwenden? Da die meisten europäischen Rechte die deliktsrechtliche Generalklausel kennen, erscheint eine derartige Fallgestaltung nur theoretischer Natur zu sein. Die inländischen Straftatbestände, die auch zugleich Schutznormen für den einzelnen darstellen, gehen wohl durchweg in dem generellen Tatbestand einer derartigen Deliktstnorm auf.

2. Dyoterritoriale Deliktstatbestände

Nach § 3 Abs. 3 StGB ist eine Straftat dort begangen, wo entweder gehandelt worden oder der Erfolg eingetreten ist. Im IPR ist jedoch der Begehungsort eines Deliktes nicht so einfach zu bestimmen, zumal auch der Wert oder Unwert einer Handlung nicht an strafrechtlichen Kriterien gemessen werden kann. Dies zeigt sich schon daran, daß der Versuch einer unerlaubten Handlung irrelevant ist; es ist durchaus möglich, daß nach internationalem Strafrecht zwei Begehungsorte vorliegen, nicht aber nach IPR. Wohl hat das RG stets betont, daß auch im IPR der Handlungs- wie auch der Erfolgsort als Begehungsort

299 Auch das internationale Strafrecht kommt hier nicht darum herum, die Verhaltensvorschriften des Begehungstaates mitzuberücksichtigen, z. B. wenn Linksfahren vorgeschrieben ist. Die Rechtswidrigkeit wird hier also vom ausländischen Recht mitbestimmt. S. auch Schnorr von Carolsfeld, Straftaten in Flugzeugen, S. 21 Anm. 7 und vor allem BGH, 26. 7. 1967 — VRS 33, 258.

300 Es entfällt dabei ein Exequaturverfahren für die Vollstreckung. Welche Gefahr es bedeutet, sich auf ein ausländisches Adhäsionsverfahren einzulassen, zeigen die Entscheidungen: Rb Arnhem, 28. 12. 1942 — N.J. 1943 Nr. 815; Rb Alkmaar, 27. 1. 1955 — N.J. 1955 Nr. 500. In der ersten Entscheidung erklärt das niederländische Gericht den Kläger nachträglich noch zu $\frac{1}{3}$ für mitschuldig!

301 Soweit sich deutsche Entscheidungen mit Verkehrsunfällen, die sich im Ausland ereignet haben, befassen, wird allerdings die strafrechtliche Seite nicht erwähnt: so z. B. BGH DAR 1960, 179; BGH VersR 1960, 907; BGH VersR 1961, 518; BGH VersR 1963, 241; OLG München VersR 1960, 1003; LG Köln VersR 1959, 552.

302 Anders etwa die englische Entscheidung *Machado v. Fontes* (1897) 2 Q.B. 231, die einen nach der *lex loci* nicht gegebenen Schadensersatzanspruch nach der *lex fori* zusprach. Sie stellte nur darauf ab, daß die Tat am Begehungsort rechtswidrig war (hier stellte sie eine strafbare Beleidigung dar).

303 Die Frage lautet hier, ob dem Verletzten unter Berufung auf den *ordre public* ein Anspruch zugesprochen werden kann, ob also der *ordre public* auch „gewährende“ Funktion hat.

anzusehen seien³⁰⁴, der Verletzte solle dabei die Wahl des ihm günstigsten Rechts haben³⁰⁵. Will man aber nicht bloß willkürlich einen Punkt herausgreifen und ihn nach dem Recht des Erfolgs- bzw. Handlungsorts beurteilen, so verbietet sich die Lösung des RG von selbst. Wer ist schon imstande eine Antwort darauf zu geben, daß dieses oder jenes Recht im ganzen günstiger als das andere sei?

a) Handelt der Täter vom Ausland aus, zeigt sich der Erfolg der Handlung aber erst im Inland (und zwar als Rechtsgutverletzung), dann sind sowohl deutsches Strafrecht als auch deutsches Zivilrecht anzuwenden.

b) Liegt der Handlungsort im Inland, der Erfolgsort aber im Ausland, so ist zwar deutsches Strafrecht anwendbar, für die Anknüpfung des Schadensersatzanspruches bleibt es aber bei der eingangs erwähnten Lösung, nämlich bei der Anknüpfung an das Recht des Erfolgsortes (Verletzungsortes)³⁰⁶.

Dies bedeutet: Sind etwa unlautere Wettbewerbshandlungen bereits in Deutschland vorgenommen worden, die aber ihren Erfolg erst auf einem ausländischen Markt zeitigen sollen, so können diese Handlungen zwar nach deutschem Strafrecht bestraft werden, sie lösen aber keinen dem deutschen Zivilrecht unterliegenden Schadensersatzanspruch aus. Wenn jedoch nur auf Grund des ausländischen Rechts ein Schadensersatzanspruch zugewiesen wird³⁰⁷, so zeigt diese Sachlage, daß die Anwendung der strafrechtlichen Tatbestände des UWG auf Handlungen, die ihren Schwerpunkt im Ausland haben, nicht gerade als angemessen bezeichnet werden kann³⁰⁸. Hier hätte u. E. die Anwendung deutschen Strafrechts nach § 3 Abs. 2 StGB zu unterbleiben, da ein inländischer Wettbewerber in seinem Geschäftsgebaren auf dem ausländischen Markt nicht über Gebühr durch inländische Wettbewerbsnormen beeinträchtigt werden darf³⁰⁹. Der § 20 a UWG soll eben nur zum Schutz des inländischen Wettbewerbs dienen.

c) Folgt man der international-privatrechtlichen Anknüpfung der Distanzdelikte, wie sie das RG praktiziert hat, dann kann auf Inlands-handlungen mit Auslandserfolg sowohl deutsches Straf- wie auch deutsches Zivilrecht angewandt werden. Sie führt also zu einer Anwendungsparallelität der beiden Rechtsbereiche.

304 Ob die Ansicht des RG durch strafrechtliche Gesichtspunkte beeinflußt worden ist, entzieht sich unserer Kenntnis.

305 Ähnlich Bourel *passim*.

306 Im Ergebnis ebenso Cass. (belge), 17. 5. 1957 (aaO).

307 Dies erfolgt aus guten Gründen, da deutsches Wettbewerbsrecht Auslands-sachverhalte nicht erfaßt.

308 So auch Wengler, *RebelsZ* 19 (1954) 412.

309 Obwohl der BGH zwar wettbewerbsrechtliche Auslands-sachverhalte unter § 1 UWG subsumiert, zieht er trotzdem die auf dem betreffenden ausländischen Markt bestehenden Gebräuche zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit heran.

Wir kommen sonach zu dem Ergebnis, daß bei der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs vor einem deutschen Strafgericht, dieser Anspruch selbständig anzuknüpfen ist. Die prozessuale Verbindung beider Klagen führt zu keiner Einheit in ihrer rechtlichen Beurteilung³¹⁰.

310 A. A. Mazeaud-Tunc, vol. III Nr. 2238-2 (S. 364); Niboyet, Traité, vol. V Nr. 1430 S. 156); Herzog, Les effets extraterritoriaux des jugements répressifs, Etudes de droit contemporain, vol. IV, Paris 1959, S. 173 (181). Wie hier: Dayant, Sources extracontractuelles des obligations en droit international privé, Juris-Classeur de Droit international, vol. IV Fasc. 553 Nr. 58-61; Batiffol, Traité Nr. 563 (S. 612); Colette Laurent aaO S. 696; Bartin, Principes II, S. 413 f. — Batiffol meinte in der Diskussion über das Avant-projet de réforme du code civil, daß die in Art. 75 Abs. 2 vorgesehene Regelung, wonach ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, der vor französischen Strafgerichten geltend gemacht werde, sich immer nach französischem Recht beurteile, schlecht sei und auf einem Irrtum beruhe (La codification du droit international privé, Paris 1956, S. 189).

4. Kapitel

Art. 12 EGBGB

I. Systematische Einordnung

Art. 12 EGBGB schränkt bekanntlich die Inanspruchnahme eines Deutschen vor deutschen Gerichten auf den Umfang ein, den das deutsche Recht dem Kläger zubilligen würde, falls es in der Sache selbst anwendbar wäre ¹.

Art. 12 EGBGB setzt also voraus ², daß ein von der lex fori unterschiedliches Recht auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt anwendbar ist. Freilich ist durch Art. 12 EGBGB aber nicht ausgeschlossen, gewisse Fälle der unerlaubten Handlungen dem Personalitätsprinzip (Gemeinsames Heimatrecht) ³ zu unterwerfen, wenn dies zweckmäßig erscheint; in diesem Fall braucht dann aber Art. 12 gar nicht mehr bemüht werden, da das deutsche Recht sowieso angewandt wird, wenn Kläger und Beklagte deutsche Staatsangehörige sind.

Es kann hier dahingestellt bleiben, welches die Gründe gewesen sein mögen, diese Vorschrift, die ja ursprünglich nicht vorgesehen war ⁴, in das Einführungsgesetz einzufügen. An dieser Stelle haben wir diese Vorschrift lediglich als Tatsache hinzunehmen und uns um ihre angemessene Auslegung zu bemühen ⁵. Teilweise ist die Legitimation dieser Bestimmung darin gesehen worden, daß der lex fori-Staat als Heimatstaat des Beklagten dessen Verpflichtungen auch ein-

1 Über die abweichende Auffassung Frankensteins s. unter V.

2 Wolff, IPR, S. 164: „Zwischen den Zeilen zu lesen.“

3 Lütkehaus, Die Bedeutung des Personalprinzips im internationalen Deliktsrecht, Diss. Münster 1963, setzt sich für eine weite Anwendung des Personalitätsprinzips ein. Eine Auseinandersetzung mit dieser These ist hier nicht möglich.

4 Nähere entwicklungsgeschichtliche Darlegungen bei Frankenstein, IPR II, S. 374 f. In den Gebhardschen Entwürfen war die Einschränkung des Anspruchs noch nicht vorgesehen (Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, Berlin 1895, S. 7 f.).

5 Inwieweit mißliebige, rechtspolitische Gründe durch Interpretation verdrängt werden können, und ob ein solches Vorgehen legitim ist, steht auf einem anderen Blatt. Den am weitest gehenden Versuch hat in dieser Richtung Neubecker, Internationales Privatrecht auf deutschrechtlicher Grundlage, JBJR 1912/13, 83 ff. unternommen und eine z. T. dem Wortlaut diametral entgegengesetzte Auslegung des Art. 12 EGBGB gegeben.

schränken könne⁶. Daß der *lex fori*-Staat durch dessen Staatsangehörigkeit der Beklagte mit diesem verbunden ist, derartige Anordnungen treffen kann, also z. B. damit nicht völkerrechtswidrig handelt, ist zwar ohne weiteres zuzugeben; trotzdem ist ein solcher Schritt nicht als gerechtfertigt anzusehen. Seine Rechtfertigung kann nur durch das Kollisionsrecht erfolgen. Es sind durchaus zwei verschiedene Dinge, ob ich etwas tun kann oder ob ein solches Tun zweckmäßig ist. Daß man auf die letzte Frage eine bejahende Antwort zu geben habe, mag füglich bezweifelt werden. Hier wurden von jeher starke Bedenken geltend gemacht⁷.

Durch die von Art. 12 EGBGB angeordnete Bevorzugung deutscher Täter, daß für sie nämlich nur in den Grenzen des deutschen Rechts vorgegangen werden kann, entstehen allerdings zahlreiche Probleme. Die praktische Anwendung dieser Norm ist nicht so einfach, wie dies auf den ersten Blick zu sein scheint⁸. Auch der Gesetzgeber war wohl bei der Schaffung dieser und ähnlicher Normen (z. B. Art. 21 Halbs. 2 EGBGB) der Auffassung, daß es verhältnismäßig einfach sei, einen dem ausländischen Recht unterliegenden Anspruch gegebenenfalls auf das Maß des deutschen Rechts zurückzuführen. Dies ist insoweit verständlich, als gerade die internationalprivatrechtliche Behandlung der Delikte zu der damaligen Zeit nicht in solchem Umfang Schwierigkeiten mit sich brachte, als dies heute der Fall ist. Durch die heutige Vielfalt der Tatbestände läßt sich aber nicht immer in der gebotenen Klarheit eine Betrachtung nach deutschem Recht durchführen.

Nicht nur, daß Art. 12 EGBGB eine Menge praktischer Schwierigkeiten aufwirft, auch die theoretische Einordnung ist unter mehreren Gesichtspunkten möglich; dies zeigt sich schon an den verschiedenen Ausdrücken, mit denen man Art. 12 EGBGB in systematischer Hinsicht

6 Ruhr, Der Einfluß der Vorbehaltsklausel auf die Deliktsoobligationen, Diss. Bonn 1930, S. 24.

7 Fast sämtliche Autoren lehnen Art. 12 EGBGB ab. Am entschiedensten hat sich Neubecker aaO S. 84 ausgesprochen: „... eine Vorschrift, die man nicht hart genug verdammen kann ..., sie stellt sich als Ausnahme dar, deren man sich eigentlich schämen muß.“ Zitelmann, IPR II, S. 505: „... meines Erachtens wird Art. 12, wenn man im großen rechnet, viel mehr Schaden als Nutzen stiften.“ Neumeyer, IPR, S. 33: „... eine mißliche Einschränkung zugunsten Deutscher.“ Wolff, IPR, S. 166: „eine unangemessene Schutznorm ...“. Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B I: „Ob so ein radikaler Schutz des Inländers notwendig war, wird allerdings bezweifelt. Die allgemeine Vorbehaltsklausel hätte wohl ausgereicht.“ Soergel-Kegel, Art. 12 Anm. 50: „... geht viel zu weit.“

Lediglich Fick, SchwJZ 20 (1923/24) 21 ff., billigt die Klausel aus unzutreffenden Gründen. — Für Frankenstein, IPR II, S. 380 ff., ergibt sich schon aus seiner axiomatischen Anknüpfung an das Personalstatut, daß Art. 12 nicht unbedingt verworfen werden kann. — Über den Trend, die Anwendung der *lex loci delicti commissi* zu beschränken, vgl. auch Drion, The *lex loci in retreat* — A foreigner's remarks on *Babcock v. Jackson*, Festschr. f. O. Riese, Karlsruhe 1964, S. 225 (228 ff.).

8 S. auch Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B I.

bezeichnet. So werden „spezielle Vorbehaltsklausel“⁹, „Kollisionsnorm des *ordre public*“¹⁰, „Maximalklausel“¹¹, „Höchstklausel“¹², „Kumulationsnorm“¹³, „Exklusivnorm“¹⁴ zur Charakterisierung des Art. 12 gebraucht. Diese Vielzahl von Benennungen läßt sich im wesentlichen auf zwei Begriffe reduzieren: Die ersten drei bezeichnen eine Funktion des Art. 12 EGBGB, nämlich die eines *ordre public*-Satzes; die anderen drei bringen die Technik zum Ausdruck, mit der der *ordre public*-Satz verwirklicht werden soll. Beide Begriffspaare sollen im folgenden etwas näher beleuchtet werden.

1. Art. 12 EGBGB als Satz des *ordre public*

Die allgemeine Regelung des *ordre public* oder der Vorbehaltsklausel, wie Zitelmann¹⁵ treffend gesagt hat, findet sich in Art. 30 EGBGB.

Neben dieser generellen Norm hat der Gesetzgeber auch noch in verschiedenen anderen Vorschriften des EGBGB Vorbehalte zugunsten des deutschen Rechts aufgenommen, so z. B. in der dem Art. 12 EGBGB verwandten Vorschrift des Art. 21 Halbs. 2 EGBGB. Er hat also vorgeschrieben, daß unter den in den einzelnen Normen näher aufgestellten Erfordernissen abweichend von dem an sich nach der gewöhnlichen — geschriebenen oder ungeschriebenen — Kollisionsnorm anwendbaren Recht das eigene, also das der *lex fori*, anzuwenden ist. Die Abweichung vom prinzipiell anzuwendenden Recht erfolgt aus dem Bestreben heraus, den deutschen Täter zu schützen¹⁶. Das ursprünglich anzuwendende Recht wird durch die *lex fori* verdrängt¹⁷.

9 Wolff, IPR, S. 166: Spezialisierung der Vorbehaltsklausel; Neubecker aaO S. 85: eine Art Legalinterpretation von Art. 30; Kegel, IPR, S. 244: Spezialvorschrift des *ordre public*; Kahn, Abhandlungen, Bd. I, S. 448: spezielle Anwendung des Prohibitivgedankens; Zitelmann, IPR II, S. 504: Kollisionsnorm negativen Inhalts; Soergel-Kegel, Art 12 Anm. 50: Spezialisierung des Art. 30; Erman-Arndt, Art. 12 Anm. B 1: spezielle Vorbehaltsklausel; Melchior, Grundlagen, S. 352: Spezialisierung des dem Art. 30 zugrunde liegenden Rechtsgedankens.

10 Lewald, IPR, S. 268.

11 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B I.

12 Staudinger-Raape, Art. 30 Anm. B I.

13 Lüderitz, Kumulation und Grundsatz des schwächeren Rechts im internationalen Privatrecht, Diss. Köln 1957, passim.

14 Kegel, IPR, S. 87; Lewald, IPR, S. 268; Exklusivsatz.

15 IPR I, S. 317. Dadurch wird nämlich das Prinzip, daß die Berufung auf den *ordre public* nur in Ausnahmefällen zulässig sein soll, gut zum Ausdruck gebracht. Zu einem anderen Ergebnis muß man freilich kommen, wenn man, wie etwa Ehrenzweig, La *lex fori* — *eccezione o regola*, Dir.int. 1960, 223 ff., grundsätzlich in Fällen mit Auslandsberührung die *lex fori* für anwendbar erachtet, und die Anwendung des ausländischen Rechts die Ausnahme bilden soll.

16 Die Zweckmäßigkeit eines solchen Vorgehens steht hier nicht weiter zur Diskussion.

17 In welchem Umfang, ist allerdings eine bestrittene Frage.

Die normale, in unserem Fall ungeschriebene Kollisionsnorm wird damit durchbrochen¹⁸.

Art. 12 EGBGB stellt sich demnach als eine vom Gesetzgeber vorgenommene Konkretisierung des Art. 30 EGBGB dar. Hier sind von diesem selbst schon Erwägungen des sonst zur Entscheidung berufenen Richters vorweggenommen. Der Gesetzgeber war der Auffassung, daß er z. B. bei den Delikten sagen müsse, wann ein Verstoß gegen den *ordre public* als vorliegend zu erachten sei, falls ein Deutscher als Verpflichteter in Anspruch genommen wird.

Art. 12 EGBGB enthält also keine Regelung des Falles, wenn ein Ausländer einen anderen Ausländer in Deutschland wegen einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung in Anspruch nimmt, oder wenn ein Deutscher einen Ausländer wegen einer solchen Handlung belangt. In diesen Fällen kann dem fremden Recht nur durch Art. 30 EGBGB Einhaltung geboten werden.

Die dem Art. 30 EGBGB eigene Flexibilität geht aber durch die ausdrückliche Statuierung von Spezialnormen des *ordre public* verloren. Dem Richter bleibt kein Spielraum mehr. Nach dem Wortlaut des Art. 30 EGBGB (Verstoß gegen gute Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes) wäre es zwar möglich, jede mit dem deutschen Recht nicht übereinstimmende Lösung einer fremden Rechtsordnung auszuschalten. Dies lag aber wohl auch nicht im Sinne des Gesetzgebers, was die einfache Tatsache ergibt, daß er überhaupt Kollisionsnormen aufgestellt hat¹⁹. Diese führen notwendigerweise zur Anwendung fremder Rechte, die in den seltensten Fällen inhaltlich mit dem deutschen Recht vollständig zur Deckung gebracht werden können. Art. 30 EGBGB will demnach nur eine Ausnahme statuieren.

Daraus ergibt sich aber, daß zwischen der Regelung des allgemeinen Vorbehalts zugunsten des deutschen Rechts und dem speziellen Vorbehalt des Art. 12 EGBGB ein innerer Widerspruch besteht. Für den Bereich des Art. 12 EGBGB nimmt der Gesetzgeber in jedem Fall, wenn ein deutscher Täter belangt wird, an, daß eine weiter gehende Entschädigungspflicht des ausländischen Rechts gegen den *ordre public* der *lex fori* verstoße. Es wird also nicht auf die Anwendung des Rechtssatzes im konkreten Fall abgestellt, wie bei Art. 30 EGBGB,

18 Niedner, Art. 12 Anm. 2, meint, daß dadurch der „Machtbereich“ (!) des inländischen Rechts erweitert werde.

19 Zweck i. S. v. Art. 30 EGBGB ist eben nicht gemeinhin der gewöhnliche Zweck, sondern es handelt sich hier darum, daß eine bestimmte deutsche Vorschrift ihrer Intention nach auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt angewandt werden will. Vgl. Staudinger-Raape, Art. 30 Anm. F II. Es geht mithin um die Frage, ob bestimmte materiell-rechtliche Normen bereits ihren räumlichen Anwendungsbereich implizieren. Vgl. auch de Nova, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *Dir.int.* 1959, 13 ff. (15, 18 f.).

sondern auf die generelle Unvereinbarkeit des ausländischen Rechtsatzes mit dem deutschen ordre public. Die einzelne Entscheidung löst diesen „Mechanismus“ nur aus ²⁰.

Es verdient ferner festgehalten zu werden, daß Art. 12 EGBGB zwar eine Spezialnorm des ordre public darstellt, die aber teilweise über die Generalnorm des Art. 30 EGBGB hinausgeht. So kann wohl kaum mit Art. 30 EGBGB gerechtfertigt werden, daß eine längere Verjährungsfrist des ausländischen Rechts von der Anwendung durch deutsche Gerichte ausgeschlossen sei ²¹, gleichwohl ist dies nach Art. 12 EGBGB möglich. Aus dem ordre public-Gedanken allein läßt sich eine derartige Konsequenz nicht halten; es sei denn, man sagt, daß Art. 12 EGBGB von einem anderen ordre public-Begriff ausgehe als Art. 30 EGBGB, was aber ein Widerspruch in sich ist. Man kann also feststellen, daß Art. 12 EGBGB nicht in jedem Fall nur eine Konkretisierung des Art. 30 EGBGB darstellt. Auf das Verhältnis zwischen Art. 12 EGBGB und 30 EGBGB läßt sich demnach nur unter Vorbehalt der Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ anwenden ²². Richtig ist indes: Wenn Art. 12 EGBGB im konkreten Fall angewandt wird, dann bleibt für eine Anwendung des Art. 30 EGBGB kein Platz mehr, da Ansprüche gegen deutsche Täter nur nach Art. 12 EGBGB zu beurteilen sind. Damit ist aber nicht gesagt, daß bei internationalrechtlich gelagerten Fällen aus dem Deliktsrecht nur Art. 12 EGBGB anwendbar wäre. Dieser ist natürlich allein dann anwendbar, wenn dessen spezifische Voraussetzungen gegeben sind.

Für Art. 30 EGBGB bleibt ein Anwendungsbereich auch dann, wenn Art. 12 EGBGB an und für sich anzuwenden wäre. So, wenn das an sich anwendbare ausländische Deliktsrecht gegen Art. 30 EGBGB verstößt, Art. 12 EGBGB demnach gar nicht mehr in Funktion zu treten braucht. Ist das aber überhaupt möglich? Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Deliktstatbestände handelt, die in Deutschland nicht anerkannt werden, z. B.: unerlaubte Handlungen des Kar-

20 Unrichtig ist die Auffassung von Kegel, IPR, S. 36, wenn er sagt, daß bei den Exklusivsätzen der materiell-privatrechtlichen Gerechtigkeit der Vorrang vor der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit eingeräumt werde. Bei der Aufstellung der genannten Exklusivsätze wurde nicht an die Verifizierung von bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen gedacht, vielmehr ging es darum, gewisse (berechtigte oder unberechtigte) Schutzbarrieren gegen das ausländische Recht zu errichten. Es wurde lediglich ein bestimmtes „Interesse“ (der Schutz des inländischen Staatsbürgers) gesetzlich verankert. Daß aber „Interesse“ gleich Gerechtigkeit bedeutet, kann wohl nicht behauptet werden. S. auch Makarov, Dölle-Festschr., Bd. II, S. 196.

21 Freilich ist z. T. versucht worden, jede längere Verjährungsfrist mit Hilfe des ordre public auszuschalten.

22 Unrichtig ist der Einwand Melchior's, Grundlagen, S. 354 f., daß das Zurückgreifen auf die allgemeine Vorbehaltsklausel nie möglich sei, wenn man der Ansicht folge, daß Art. 12 zu Art. 30 lex specialis sei, und es sich um einen ausländischen Täter handle. — Auf diesen bezieht sich Art. 12 gerade nicht.

tellrechts²³. In derartigen Fällen wird die Anwendung des ausländischen Rechts schon durch Art. 30 EGBGB ausgeschlossen; für die Prüfung der Frage nach Art. 12 EGBGB bleibt daher kein Raum mehr. Nur dann also, wenn die speziellen Voraussetzungen des Art. 12 EGBGB gegeben sind, kommt eine Prüfung des Art. 30 EGBGB nicht mehr in Betracht²⁴.

Die Vorbehaltsklausel selbst wird als Kollisionsnorm betrachtet²⁵. Eine Kollisionsnorm hat die Funktion, auszusagen, welches Recht angewandt werden soll. Diese Funktion ist bei der allgemeinen Vorbehaltsklausel vorwiegend negativer Art; sie ordnet an, daß das durch die gewöhnliche Kollisionsnorm berufene ausländische Recht *nicht* angewandt werden soll, so daß man von einer negativen Kollisionsnorm sprechen kann.

Im Gegensatz dazu stehen die „speziellen Kollisionsnormen des ordre public“²⁶, die — wie Art. 12 EGBGB — teils negativ, teils positiv gefaßt sind; negativ insofern, als auch sie dem ausländischen Recht die Wirkung versagen, wenn es mehr als das deutsche Recht zubilligt. Positiv, weil das *deutsche Recht* zur Anwendung (wenn auch nur im Wege der Kumulation) berufen wird. Aus diesem Unterschied selbst ergeben sich keine besonderen praktischen Konsequenzen.

2. Art. 12 EGBGB als Kumulationsnorm

Die in Art. 12 EGBGB vom Gesetzgeber getroffene *ordre public*-Erwägung, nämlich der Schutz des deutschen Deliktstäters, ist das Motiv für die rechtstechnische Regelung des Art. 12 EGBGB²⁷. Das Ziel dieser Vorschrift wird dadurch verwirklicht, daß man die aus der unerlaubten Handlung entstandene Forderung *auch* dem deutschen Recht unterwirft²⁸. Das Recht der *lex fori* bildet die Schranke, über die die Anwendung des fremden Rechts sich nicht hinwegsetzen darf. Es bildet das Maximum dessen, was zugestanden werden soll²⁹. Praktische Bedeutung bekommt Art. 12 EGBGB aber nur, falls das ausländische Recht vom deutschen Recht insoweit abweicht, als es dem Verletzten mehr zubilligt als die *lex fori*.

23 Steindorff, Die Anerkennung amerikanischer Kartellentscheidungen, NJW 1954, 375, ist allerdings geneigt, zivilrechtliche Klagen, die sich auf ausländisches Kartellrecht stützen, zuzulassen.

24 Lewald, IPR, S. 268 f.

25 Zitelmann, IPR I, S. 332-334.

26 Lewald, IPR, S. 25; Kegel, IPR, S. 43.

27 Vgl. Lewald, Règles générales des conflits de lois, RdC 1939 III 37.

28 Unrichtig daher Frankenstein, JW 1927, 2686, der in Art. 12 EGBGB entweder eine spezielle Vorbehaltsklausel oder eine Höchstklausel sieht. In Wahrheit handelt es sich um beides. So auch Lüderitz, Diss., S. 11 f.

29 Raape (in Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B I bzw. Art. 30 Anm. B I) nennt Art. 12 EGBGB deshalb auch eine Maximal- oder Höchstklausel.

Bevor aber in die Erörterung von Einzelfragen eingetreten wird, soll zuerst einmal die Wirkungsweise dieser Kumulationsvorschrift etwas näher untersucht werden. Dazu ist es notwendig, die Kumulation von verwandten Erscheinungen abzugrenzen, denn Normenhäufungen können in ganz verschiedener Weise auftreten. Es sollen hier nur die Phänomene der Statutenkonkurrenz als international-privatrechtliches und der Anspruchskonkurrenz als materiell-privatrechtliches Beispiel kurz gestreift werden. Allen Erscheinungen der Normenhäufung ist ja gemeinsam, daß auf einen Sachverhalt verschiedene Rechtsnormen oder Normengruppen anwendbar sind. So kann bzw. können im internen Recht auf einen Sachverhalt gleichzeitig Delikts- und/oder Vertragsrecht angewandt werden³⁰. Verlegt man diesen Fall auf die internationalprivatrechtliche Ebene, dann haben wir eine sog. Statutenkonkurrenz, also eine Konkurrenz mehrerer Kollisionsnormen, wobei hier die Möglichkeit besteht, daß diese auf mehrere voneinander verschiedene Rechte verweisen können³¹.

Für eine generelle Betrachtung der Kumulation kann gleich an den zuletzt genannten Fall angeknüpft werden. Der Kumulation, in dem noch zu untersuchenden Sinne, und der Statutenkonkurrenz ist gemeinsam, daß sie denselben tatsächlichen Ausgangspunkt, nämlich *einen* Sachverhalt, haben³². Dieser wird entweder durch unterschiedliche Kollisionsnormen rechtlich erfaßt bzw. verweist eine Kollisionsnorm auf verschiedene Rechtsordnungen. Daher liegt auch bei der Kumulation eine Statutenkonkurrenz, wenn auch eine gleichartige, vor. Der Unterschied aber besteht mit darin, daß der Gesetzgeber bei der Statutenkonkurrenz keine Normen darüber aufgestellt hat, wie die Konkurrenz zu lösen ist, d. h. ob sie bestehenbleibt oder aufgelöst wird, während bei der Kumulation vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen ist, daß im Konfliktsfall die Kumulation zugunsten der *lex fori*³³ aufzulösen ist. Des weiteren unterscheiden sich Kumulation und Statutenkonkurrenz wesentlich darin, daß bei der Kumulation immer zwei Rechte zur Anwendung in Frage kommen, was bei der Statutenkonkurrenz nicht notwendig ist, die konkurrierenden Anknüpfungsbegriffe können auf das gleiche Recht verweisen. Das wichtigste Unterscheidungsmerkmal ist wohl in der Tatsache zu sehen, daß die Kumulation zwei Rechte hinsichtlich der „gleichen“ Normengruppen (unerlaubte Handlungen, Unterhaltsanspruch, Form des Rechtsgeschäfts) zur Anwendung bringt, die Statutenkonkurrenz jedoch gerade verschiedene Normengruppen betrifft (Vertrag/Delikt; Familienrecht/

30 Es kann je nach Rechtsordnung schwanken, ob eine Anspruchskonkurrenz zugelassen wird oder ob ein Anspruch zugunsten eines andern verdrängt wird.

31 Wie diese Konkurrenz zu lösen ist, wurde bereits dargelegt.

32 Es wird noch zu erörtern sein, daß sich beide u. U. berühren können.

33 oder eines anderen Rechts.

Delikt; Delikt/ungerechtfertigte Bereicherung; Vertrag/ungerechtfertigte Bereicherung; Sachstatut/Deliktsstatut)³⁴.

Sonach ist die Kumulation für die hier anzustellende Betrachtung von der Statutenkonkurrenz zu trennen. Damit haben wir aber noch keinen näheren systematischen Standort für Art. 12 EGBGB gefunden. Die Kumulation selbst ist ein komplexeres Gebilde, als daß es einfach mit der Formel „Anwendung zweier oder mehrerer sich inhaltlich entsprechender Normengruppen verschiedener Rechtsordnungen auf ein und denselben Sachverhalt“ abgetan werden könnte, zumal es innerhalb des Begriffs der Kumulation selbst unterschiedliche Konstellationen der zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen gibt.

Zunächst bleibt aber noch die Aufgabe, die Kumulation von der alternativen Rechtsanwendung abzugrenzen³⁵. Bei der letzteren geht es darum, daß eine Kollisionsnorm zwar ebenfalls mehrere Rechte für anwendbar erklärt, aber nicht gleichzeitig, also kumulativ, sondern sie beruft entweder die eine oder die andere; z. B. sind nach der Rechtsprechung des RG auf eine unerlaubte Handlung das Recht des Handlungs- oder des Erfolgsortes anwendbar, beide Rechte sind aber nicht zugleich anwendbar, sondern nur eines von beiden³⁶. Ein weiterer Fall der Berufung von zwei Rechten ist Art. 13 EGBGB, der bestimmt, daß die Ehefähigkeit jedes Verlobten nach seinem Heimatrecht zu beurteilen ist³⁷. Auch hier werden zwei Rechte nebeneinander angewandt, aber eben nur *nebeneinander*, nicht *miteinander*, d. h. daß jedes Recht einen anderen Anwendungsbereich erhält als das andere, jedes hat eine „andere“ Rechtsfrage zu entscheiden; bei Art. 13 EGBGB wird dies durch die verschiedenen Staatsangehörigkeiten veranlaßt. Gemeinsam ist diesem Nebeneinander nur, daß es sich im Kern um dieselbe Rechtsfrage handelt, und daß das gleiche Anknüpfungsmoment von der Kollisionsnorm gewählt wird; ansonsten aber wird die Rechtsfrage von jedem zur Anwendung berufenen Recht selbständig beantwortet³⁸. Von einer Kumulation könnte nur dann die

34 Bei der Statutenkonkurrenz kommt es nur darauf an, daß Normengruppen, die auf einen Sachverhalt anwendbar sind, verschiedene Anknüpfungsmomente besitzen.

35 Vgl. auch Cansacchi, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino 1939, S. 153 ff.; ders., *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois*, RdC 1953 II 95.

36 Welches, das liegt nach Meinung des RG in der Hand des Klägers, so daß hier in gewissem Umfange eine Rechtswahl durch eine Partei gegeben ist. Sie legt das endgültig anzuwendende Recht fest. Eine Fixierung des anwendbaren Rechts sollte jedoch besser dem Gericht überlassen bleiben.

S. auch Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1954, S. 204: „Auch die Anwendung des „vorteilhaftesten“ von verschiedenen Rechten ist eine alternative Anknüpfung.“

37 Vgl. Niederer, Allgemeine Lehren, S. 203.

38 Niederer verwendet hierfür den Ausdruck „endogene Spaltung“ (Allgemeine Lehren, S. 208). Lüderitz, Diss., S. 110, spricht im Anschluß an die französische Lehre von „distributiver“ Rechtsanwendung. Der letztere Ausdruck ist wohl plastischer, wenn auch zwischen beiden sachlich kein Unterschied besteht.

Rede sein, wenn auf die Ehefähigkeit eines jeden Verlobten sowohl sein Heimatrecht als auch das des anderen Verlobten angewandt werden würde. Bei Art. 13 EGBGB handelt es sich aber lediglich um eine „Parallelanknüpfung“.

Nachdem nun also der Begriff der Kumulation gegenüber ähnlichen Erscheinungen genügend abgegrenzt worden ist, können wir uns ihrer in Art. 12 EGBGB spezifisch festgehaltenen Form zuwenden. Dazu soll vorweg noch ein Wort gestattet sein. Auch die Kumulation kann ja — wie bereits bemerkt wurde — in verschiedenen Ausprägungen auftreten. Eine Untersuchung aller dabei möglicherweise vorkommenden Phänomene³⁹ liegt außerhalb des Zieles dieser Arbeit. Nur wenn es unumgänglich erscheint, werden wir die von Art. 12 EGBGB abweichenden Möglichkeiten mit in die Erörterungen einbeziehen.

Wie wird nun der Zweck des Art. 12 EGBGB erreicht, daß das deutsche Recht die oberste Grenze eines an sich dem ausländischen Recht unterstehenden Deliktsanspruchs bildet? Wie wird der durch Art. 12 EGBGB statuierte „Zwang zur Rechtsvergleichung“ durchgeführt?

Im Gegensatz zur allgemeinen Vorbehaltsklausel trifft Art. 12 EGBGB eine genaue Bestimmung darüber, welches Recht bei Widerspruch mit dem deutschen Recht gelten soll, nämlich das der *lex fori*. Art. 12 EGBGB führt daher zu Recht den Namen einer „Kollisionsnorm des *ordre public*“⁴⁰. Sie beschränkt sich nicht bloß auf eine Negation des ausländischen Rechts, sondern ordnet zugleich auch positiv an, welches Recht an dessen Stelle zu treten habe (positive Funktion des *ordre public*).

Damit ist freilich nicht gesagt, daß Art. 12 EGBGB immer dann eingreift, wenn es sich um eine im Ausland begangene unerlaubte Handlung handelt. Vielmehr enthält Art. 12 EGBGB eine Fallbeschränkung. Nur dann, wenn das ausländische Recht überhaupt aus der unerlaubten Handlung (im Sinne des Art. 12 EGBGB) einen Anspruch zubilligt, ist seine Anwendung in Erwägung zu ziehen.

Negiert das ausländische Recht den Anspruch, dann ist für Art. 12 EGBGB kein Platz. Allenfalls kann hier die Anwendung von Art. 30 EGBGB insofern in Frage kommen, wenn man es als unzumutbar betrachten würde, dem Opfer der Tat keinen Anspruch gegen den

39 Die von Niederer, Allgemeine Lehren, S. 203, vorgenommene Einteilung der Kumulation in eine solche von *lex fori* mit fremdem Recht und in eine von zwei oder mehr fremden Rechten hat lediglich darstellerischen Wert. Irgendwelche Folgen ergeben sich aus ihr nicht, da ein sachlicher Unterschied zwischen den beiden nicht besteht.

40 Für die allgemeine Vorbehaltsklausel leugnet Marti, Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz, Abh. z. schweizer. Recht n. F. Heft 176, Bern 1940, S. 68, deren Charakter als Verweisungsnorm.

Täter zu gewähren⁴¹. Auch bei der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts spielt Art. 12 EGBGB keine Rolle.

Nur ein Teil von Fällen ist also unter Art. 12 EGBGB subsumierbar. Von einem etwas abgeschwächten Unterfall der Negation durch das ausländische Recht kann man dann sprechen, wenn zwar auch das inländische Recht einen Anspruch gewährt, der dem ausländischen Recht unterworfenen Anspruch aber nicht so weit geht, als dies nach deutschem Recht anzunehmen ist. Hier muß zwar Art. 12 EGBGB wieder in die Betrachtung miteinbezogen werden. Nur anhand des Vergleichs mit dem deutschen Recht kann ja festgestellt werden, ob der ausländische Anspruch weniger umfangreich ist als nach inländischem Recht, die Sperrwirkung des Art. 12 EGBGB selbst macht sich jedoch nicht bemerkbar.

Tritt aber nun der Fall ein, daß das Plus auf der Seite des ausländischen Rechts liegt, dann schiebt das deutsche Recht den Riegel vor. Die Kumulation des ausländischen Rechts mit dem deutschen wird also nur deshalb durchgeführt, um gegebenenfalls das ausländische Recht auszuschalten bzw. zurückzudrängen, eine der Kumulation notwendigerweise innewohnende Paradoxie, da sie sonst ja, wenn sie nur zu einem Parallellauf der anzuwendenden Rechte führen würde, jeglicher Funktion entbehren würde. Im letzteren Fall könnte man dann auch mit Fug und Recht sagen, daß der Konflikt gar nicht existiere⁴²; denn die Kumulation wird hier ihres Sinnes beraubt, da sie nicht dazu führt, daß ein Recht die „Oberherrschaft“ über das andere gewinnt. Es entfaltet sich keine Sperrwirkung. Auf die von Art. 12 EGBGB erfaßten Tatbestände ist ein Eingreifen dieser Bestimmung wiederum in mehrfacher Weise möglich. Das deutsche Recht, das ja hier als „Notbremse“ wirken soll, kann den ausländischen Anspruch vollständig *negieren*, weil es ihn nicht kennt, oder weil es die durch ihn geschützten Rechtsgüter bzw. rechtlichen Interessen nicht schützt. Auf Grund der im Deliktsrecht des BGB fehlenden Generalklausel ist dieser Fall gar nicht so abseitsliegend⁴³. Art. 12 EGBGB entfaltet hier seine Wirkungen schon auf der Tatbestandsseite des ausländischen Anspruchs.

Die praktisch bedeutsamste Auswirkung hat Art. 12 EGBGB jedoch dann, wenn das deutsche und das ausländische Recht grundsätzlich dem Kläger einen Schadensersatzanspruch zugestehen, der sich aus der *lex loci* ergebende Anspruch aber in gewissen Beziehungen⁴⁴ von dem, den das deutsche Recht gewährt, abweicht. Hier ist nun im Einzelfall zu prüfen, ob das ausländische Recht (die *lex loci*) weiter geht

41 Vgl. Wolff, IPR, S. 167.

42 Bartin, *Principes*, vol. II, S. 349; Perroud, Anm. in *Clunet* 1923, 855 (856).

43 Daß Art. 12 EGBGB die Geltung der *lex loci delicti commissi* voraussetzt, ist allgemein anerkannt.

44 Dies wird unter II. näher dargelegt.

als die *lex fori* (das deutsche Recht), ob also der Anspruch in seinen einzelnen Merkmalen von dem des deutschen Rechts verschieden ist, und diese Verschiedenheit sich auch quantitativ bemerkbar macht, weil nur dann durch Art. 12 EGBGB die an sich maßgebende *lex loci* verdrängt werden kann. Wie noch zu zeigen sein wird, ist es oft sehr schwierig, eine Feststellung darüber zu treffen, ob der Inhalt des ausländischen Rechts, wenn er ein anderer als der des deutschen Rechts ist, sich auch dadurch quantitativ von diesem unterscheidet.

II. Praktische Durchführung der Kumulation

Art. 12 EGBGB zwingt den deutschen Richter dazu, einmal zuerst festzustellen, ob die *lex loci* überhaupt einen Anspruch gewährt, und wenn ja, diesen mit den deutschen Vorschriften zu vergleichen. Schränkt das deutsche Recht die Verantwortlichkeit des deutschen Täters in größerem Umfang als das Recht der *lex loci* ein, so wird insoweit das ausländische Recht durch die *lex fori* verdrängt (verdrängende Kumulation). Der deutsche Gesetzgeber geht also von der Voraussetzung aus, daß sich im einzelnen das Recht der *lex loci* und das der *lex fori* in jeder Hinsicht vergleichen lassen. Daß dies oft zu unüberbrückbaren Schwierigkeiten führt, hat schon Raape⁴⁵ eindringlich hervorgehoben. Die rechtstechnisch andere Konstruktion des ausländischen Rechts läßt sich in vielen Fällen gar nicht mit der des deutschen Rechts vergleichen, da vergleichen immer voraussetzt, daß es sich auch um Vergleichbares handelt⁴⁶. Wenn dies nicht immer möglich ist, so tritt hier das Dilemma auf, ob ein etwaiger dem ausländischen Recht unterliegender Anspruch, der eine andere Ausgestaltung erfahren hat als im deutschen Recht, infolge Art. 12 EGBGB nicht geltend gemacht werden kann. Eine formalistische Interpretation dieser Vorschrift würde nämlich stets dazu führen, daß alle rechtlichen Konstruktionen, die keine Parallele im deutschen Recht finden, mit Hilfe von Art. 12 EGBGB beiseite geschoben werden könnten, das ausländische Recht also stets auf die Ebene des deutschen Rechts herabgezogen werden würde⁴⁷. Eine derartige Auslegung würde indes dem Sinne des IPR widersprechen; denn nicht allein der Tatbestand *grosso modo* betrachtet, sondern auch die einzelnen Tatbestandsmerkmale (so etwa der Bereich der vom Rechtsschutz erfaßten Güter und Fragen der Rechtswidrigkeit usw.) finden im allgemeinen nie eine genaue

45 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B I (S. 209): „Die Vorschrift ist schon deswegen zu verwerfen, weil ihre Anwendung viel schwieriger ist, als es zunächst scheinen mag.“

46 I. Kisch, *La loi la plus favorable, Ius et Lex*, Festgabe f. Gutzwiller, Basel 1959, S. 373 (390): „... pour comparer, il faut des entités comparables.“

47 Zum gleichen Ergebnis würde man im allgemeinen auch dann gelangen, wenn man „mechanisch“ nach der *lex fori* qualifizieren würde.

Parallele im deutschen Recht, so daß die Anwendung ausländischen Rechts in zahlreichen Fällen ausgeschaltet werden würde, wenn man sich auf eine buchstabenmäßige Auslegung des Art. 12 EGBGB festlegen wollte. Es kann aber nicht der Sinn dieser Vorschrift sein, jegliche Abweichungen des ausländischen vom deutschen Recht zu eliminieren. Vielmehr kann Art. 12 EGBGB nur so verstanden werden, daß solche Abweichungen des ausländischen Rechts von ihm verdrängt werden sollen, die sich quantitativ bemerkbar machen. Wann dies im Einzelfall anzunehmen ist, läßt sich nicht immer leicht beantworten. Ob z. B. eine Verschiedenheit in den Ersatzmodalitäten (Rente oder Kapitalabfindung) sich auch quantitativ niederschlagen kann, ist eine Frage, die nicht einfach mit ja oder nein beantwortet werden kann ⁴⁸.

Ist es somit schon nicht einfach, über die Vergleichbarkeit der beiden in Frage stehenden Rechtsordnungen zu befinden, so ist andererseits nicht klar, auf welche Vorschriften des deutschen Rechts sich ein solcher Vergleich beziehen soll, ob nur auf die zum Deliktsrecht zu rechnenden Bestimmungen oder auf alle Vorschriften des deutschen Rechts. Gleichgültig welcher Ansicht man auch folgt, so werden doch durch die These, daß es sich bei Art. 12 EGBGB um eine spezielle Vorbehaltsklausel handle, die gesamten in diesem Bereich heranzuziehenden Vorschriften als Satz des *ordre public* umfunktioniert.

1. Kumulative Anwendung der deutschen Deliktsvorschriften

Art. 12 EGBGB spricht davon, daß keine weiter gehenden Ansprüche gegen einen Deutschen geltend gemacht werden können, als sie nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Daß darunter die deutschen deliktsrechtlichen Bestimmungen fallen, kann keinem Zweifel unterliegen ⁴⁹. Aus dem Zusammenhang des Wortlauts der Vorschrift könnte man sogar entnehmen, daß *nur* die deutschen Deliktsgesetze gemeint sein können, da von den „deutschen Gesetzen“ nur im Zusammenhang mit den unerlaubten Handlungen die Rede ist.

Daß sich aber der anzustellende Vergleich, den Art. 12 EGBGB dem deutschen Richter befiehlt, auch auf die einzelnen deliktischen Tatbestände erstrecken muß, ist eindeutig aus dieser Bestimmung zu entnehmen ⁵⁰; denn es heißt darin ausdrücklich: „nach den deutschen Gesetzen *begründet* sind“. Der Vergleich hat also sowohl das *Ob* (Tatbestand) als auch das *Wie* (Rechtsfolge) mit zu umfassen.

⁴⁸ Genaueres weiter unten.

⁴⁹ Ob auch andere deutsche Vorschriften mit zu berücksichtigen sind, ist weniger klar.

⁵⁰ A. A. Neubecker aaO S. 85, der Art. 12 EGBGB nur hinsichtlich der Höhe des Anspruchs, also des Maßes der Haftung, anwenden will, und zwar aus dem Bestreben heraus, Art. 12 EGBGB so eng wie möglich auszulegen. Allein diese Ansicht, so wünschenswert sie auch sein mag, verträgt sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut.

a) Der Tatbestand

Was als unerlaubte Handlung anzusehen ist, bestimmt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht ausschließlich nach der *lex fori*, also dem deutschen Recht, sondern ist rechtsvergleichend zu ermitteln. Im Hinblick auf Art. 12 EGBGB ist jedoch zu sagen, daß hier ein mehr oder weniger großer, positiv angeordneter Zwang für den deutschen Richter besteht, nach der deutschen *lex fori* zu qualifizieren, weil ja das deutsche Recht in den von dieser Bestimmung erfaßten Fällen absoluter Gradmesser ist⁵¹. Daß eine derartige Schematisierung nicht durchweg möglich ist, wird sich bei der Behandlung der Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zeigen.

Auch ein Vergleich des ausländischen Rechts mit den in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechtsgütern läßt sich nur insoweit verhältnismäßig leicht durchführen, als sie ausdrücklich genannt sind; da aber in § 823 Abs. 1 BGB auch von „sonstigen Rechten“ die Rede ist, tritt hier eine ähnliche Schwierigkeit wie in Abs. 2 ein. Es ist nämlich möglich, daß das ausländische Recht sonstige Rechte kennt, die dem deutschen Recht nicht bekannt sind. Der Begriff des sonstigen Rechts selbst als eines absoluten Rechts ist zwar dem deutschen Recht zu entnehmen, aber damit ist noch nicht viel gewonnen.

Hat ein ausländisches Recht diese Qualität, so fehlt ihm im deutschen Recht doch das entsprechende Pendant, es fehlt an der Vergleichsmöglichkeit. Um einen ähnlichen Fall handelt es sich auch, wenn das in Frage stehende ausländische Recht dem deutschen Recht zwar an sich bekannt ist, im konkreten Fall aber nur im Ausland besteht, so vor allem bei allen Immaterialgüterrechten (z. B. Warenzeichen, Patentrecht), die infolge ihrer territorialen Gebundenheit nur im Schutzstaat bestehen⁵². Diesen steht nicht unbedingt ein entsprechendes Recht in Deutschland gegenüber, das seine Wirkungen auf dem deutschen Territorium entfaltet. Strenggenommen läßt sich daher ein Vergleich nicht durchführen, es sei denn, man ist der Ansicht, daß Klagen, die sich auf solche Rechte stützen, eben abzuweisen sind⁵³.

Um dasselbe Problem geht es bei § 823 Abs. 2 BGB. Beide Bestimmungen, § 823 Abs. 1 und 2 BGB, haben natürlich nur die deutsche Rechtsordnung im Auge. Sie sind nicht darauf angelegt, im gegebenen

51 Welchen Einfluß derartige Kumulationsnormen auf die Qualifikation haben, ist — soweit ersichtlich — noch nirgends eingehend untersucht worden. Über das Verhältnis von *ordre public* und Qualifikation, das ja ein ähnliches Problem darstellt, siehe Rigaux, *La théorie des qualifications*, Paris 1956, S. 425-442.

52 Daran ändert sich auch dann nichts, wenn es sich um internationale Warenzeichen bzw. Patente handelt. Es entsteht in solchen Fällen nur ein Bündel von inhaltlich fast gleichen Rechten, nicht aber ein einheitliches Recht.

53 So etwa Walker, IPR, S. 453: „Die Anwendung ausländischer Gesetze über Ansprüche aus unerlaubten Handlungen ist soweit ausgeschlossen, als nicht auch nach deutschen Gesetzen ein Anspruch aus der unerlaubten Handlung begründet sein würde.“

Fall mit ausländischen Tatbestandsstücken „aufgefüllt“ zu werden, sondern beziehen sich allein auf solche des deutschen Rechts. Aus der Intuition des Gesetzgebers heraus ist es daher nicht möglich, irgend etwas für unsere Frage zu gewinnen. An derartige Schwierigkeiten wurde wohl auch nicht bei der Abfassung der Vorschrift gedacht. Man kann aber nicht bei dieser Feststellung stehenbleiben, sonst müßte in vielen Fällen ein Kläger ungerechtfertigt abgewiesen werden, weil ein ausländisches „sonstiges Recht“ bzw. „Schutzgesetz“ von § 823 Abs. 1 und 2 BGB eben nicht erfaßt werde. Ein solches Ergebnis ist unbefriedigend⁵⁴. Dies zeigt sich insbesondere bei den Schutzgesetzen des § 823 Abs. 2 BGB. Schutzgesetze selbst sind ja oft nicht bloß privatrechtlicher Natur, sondern gründen sich auch auf das öffentliche Recht (z. B. Strafrecht, Wasserrecht, Verkehrsvorschriften, Sicherheitsvorschriften polizeilicher Art); dadurch aber erhalten sie noch mehr als sonstige privatrechtliche Bestimmungen einen streng territorialen Charakter und zeitigen daher keinerlei „Überwirkungen“ in eine fremde Rechtssphäre. Stützt sich demnach eine Klage auf eine solche Vorschrift, so müßte diese, folgt man einer reinen Verbalinterpretation, unweigerlich abgewiesen werden. Zwar läßt sich eine derartige Auslegung durchaus mit Art. 12 EGBGB vereinbaren; sie ist jedoch nicht bloß unbefriedigend, sondern berücksichtigt auch nicht die internationalprivatrechtlichen Gegebenheiten. Der von Art. 12 EGBGB gebotene Vergleich mit dem deutschen Recht läßt sich eben nicht in vollem Umfang durchführen, weil die Intuitionen der Vorschriften nicht einfach kongruent liegen. Hier zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Schutzgesetzen unterscheiden zu wollen, wie dies Raape⁵⁵ will, erscheint willkürlich; denn es gibt zahlreiche Schutzgesetze gemischtrechtlichen Charakters, bei denen eine Unterscheidung der obigen Art zu nichts führen würde.

Aus der Tatsache, daß es um die rechtliche Beurteilung von Taten geht, die im Ausland begangen worden sind, ergibt sich auch, daß diese nicht schlechterdings durch die *lex fori*-Brille mit Blick auf das innerstaatliche Recht betrachtet werden können. Es ist unbedingt notwendig, sich vor Augen zu halten, daß es sich um im Ausland abspielende Sachverhalte handelt⁵⁶. Es ist praktisch unmöglich, den gesamten Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht so zu betrachten, als ob er sich in Deutschland zugetragen haben würde. Die Kumulation der *lex loci* mit der *lex fori* kann nicht schematisch durchgeführt werden, wenn es an vergleichbaren Tatbeständen fehlt. In

54 Mit ihm finden sich Walker, IPR, S. 453 und Frankenstein, IPR II, S. 379 ab.

55 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 2 b (S. 215).

56 Kegel weist in Soergel-Kegel, Art. 12 Anm. 55, zutreffend darauf hin, daß es sich um eine ähnliche Situation wie bei der Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts handle. Ähnlich auch die Rechtsprechung des BGH zum unlauteren Wettbewerb, nach der auf die Sittenwidrigkeit — trotz Anwendung deutschen Rechts — das ausländische Recht u. U. einen Einfluß ausüben kann.

Fällen, in denen durch die technische Konstruktion bedingte „Lücken“ entstehen, sind diese im Wege der Assimilation auszufüllen (assimilierende Kumulation). „Sonstige Rechte“ und „Schutzgesetze“ der *lex loci* haben daher den Tatbestand des § 823 Abs. 1 und 2 BGB auszufüllen. Ob man ein solches Verfahren als analoge Anwendung des § 823 Abs. 1 bzw. 2 BGB bezeichnen will⁵⁷, ist mehr eine Geschmacksfrage. Immer wenn die Kumulation mit der Rechtsordnung der *lex fori* im Spiele steht, kann nicht von direkter Anwendung gesprochen werden, weil eben der zu beurteilende Sachverhalt sich im Ausland zuträgt und daher hier an sich außerhalb der Reichweite der materiellrechtlichen Normen der *lex fori* steht. Die Anwendung des Rechts des Forumstaates wird eben nur durch einen Kunstgriff — durch die Kumulation — ermöglicht; denn die normalen Kollisionsnormen werden teilweise ihrer Funktion beraubt.

Analogie oder nicht, jedenfalls treten Schwierigkeiten infolge des Nebeneinanders zweier Rechtsordnungen auf, die mit der Frage der Angleichung und des Auslandssachverhalts Kegel'scher Prägung in Berührung stehen. Die Beziehung zur Angleichung ergibt sich daraus, daß durch die Kumulation zwei verschiedene Rechte zur Entscheidung des gleichen Sachverhalts berufen werden. Die normale Kollisionsnorm verweist auf die *lex loci*, Art. 12 EGBGB auf die *lex fori*. Bei der zur Diskussion stehenden Frage hält nun das materielle Recht der *lex fori* keine entsprechende Lösung bereit, weil die materiellrechtlichen Normen auf diesen Fall an sich gar nicht anwendbar sind. Es muß daher versucht werden, diese auseinanderstrebenden materiellen Rechte unter einen Hut zu bringen, was dadurch geschieht, daß man die ausländischen Schutzgesetze und sonstigen Rechte mit in § 823 Abs. 2 bzw. 1 BGB einbezieht. Die Lösung des Konflikts erfolgt also nicht auf kollisionsrechtlichem, sondern auf materiell-rechtlichem Wege⁵⁸, und zwar auf seiten des materiell-rechtlichen Tatbestandes.

Das Problem des Auslandssachverhalts spielt insofern eine Rolle, als Art. 12 EGBGB die *lex fori* auf Sachverhalte zur Anwendung bringt, die normalerweise von einer anderen Rechtsordnung geregelt werden, mithin die *lex fori* keine angemessenen Lösungen bereitstellt, sondern gewisse „Anleihen“ bei einem ausländischen Recht aufgenommen werden müssen. Angleichung und Auslandssachverhalt lassen sich somit im vorliegenden Beispiel — praktisch gesehen — nicht scharf voneinander trennen, sondern die Grenze ist hier flüssig.

Es handelt sich bei unserem Problem also darum, die inländischen Deliktsgesetze an die ausländischen anzunähern, indem die in ihnen

57 So Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 2 a (S. 213); dagegen Lüderitz, Diss., S. 16.

58 Lüderitz, Diss., S. 16, hat wohl eine kollisionsrechtliche Lösung im Auge, wenn er meint, daß es nicht um eine analoge Anwendung des § 823 Abs. 1 bzw. 2 BGB gehe, sondern um eine einschränkende Auslegung des Art. 12 EGBGB.

enthaltenen Verweisungen auf das deutsche Recht in solche auf das ausländische Recht umgedeutet werden. Art. 12 EGBGB ist demnach, wie Zitelmann⁵⁹ schon vorgeschlagen hatte, so auszulegen, daß im Ausland anerkannte absolute Rechte und dort bestehende Schutzgesetze so zu behandeln sind, als hätte der deutsche Täter durch eine in Deutschland begangene Tat ein derartiges deutsches Recht bzw. Schutzgesetz verletzt⁶⁰.

Da in den meisten europäischen Ländern im Deliktsrecht die Generalklausel⁶¹ herrscht, ist ein engerer Tatbestandsvergleich nur dann möglich, wenn es um die Anwendung amerikanischen oder englischen Rechts geht; in diesen Rechten enthält das Deliktsrecht eine Vielzahl von Tatbeständen, deren Aufzählung hier unterbleiben muß. Deshalb wird auch dort von dem law of *torts* und nicht von dem law of *tort*⁶² gesprochen.

b) Kausalität

Es ist nunmehr weiter zu prüfen, ob nach beiden anzuwendenden Rechtsordnungen der Erfolg und der sich hieraus ergebende Schaden durch ein und dieselbe Handlung des deutschen Täters verursacht worden ist.

Große Unterschiede hinsichtlich der Auffassung der Kausalität⁶³ bestehen in der Regel zwischen den einzelnen Rechten nicht. Die kontinentaleuropäischen Rechte gehen in weitem Umfang von der deutschen Theorie aus⁶⁴, doch läßt auch noch heute z. B. das französische Recht eine klare Linie vermissen⁶⁵, aber auch im deutschen Recht sind die Dinge im Fluß. Mit der Frage der Kausalität wird oft das Verschulden vermennt in dem Bestreben, eine brauchbare Umgrenzung der Haftung zu finden. Bei der Durchführung der Kumulation ist also darauf zu achten, daß etwaige Verwirrungen aufgelöst werden und nicht die Schlußfolgerung gezogen wird, der deutsche Kausalitätsbegriff sei enger, wenn es sich in Wahrheit um eine Frage des Verschuldens handelt. Auch in diesem Punkt zeigt sich wieder, daß ein

59 IPR II, S. 507-509.

60 So auch die h. M.: Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 2; Soergel-Kegel, Art. 12 Anm. 27.

61 Art. 41 OR; § 1294 ABGB; Art. 1382 C.c.; Art. 2043 c.c.; Art. 1401 BW; Art. 1902 código civil.

62 Anderer Ansicht ist hier vor allem Winfield. Programmatisch ist hierfür der Titel seines bekannten Werkes „A textbook of the law of tort“, 7. A., London 1964.

63 Allgemein darüber Hart-Honoré, Causation in the law, Oxford 1959.

64 Vgl. Marty, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Etude comparative des conceptions allemande, anglaise et française), Rev. trim. dr. civ. 1939, 685 ff.

65 Heldrich, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, H. 10, Frankfurt/M.-Berlin 1961, S. 101-107.

Vergleich der einen Rechtsordnung mit der anderen nicht pauschal durchgeführt werden kann.

Ein unterschiedlicher Schadensbegriff wird im allgemeinen⁶⁶ zwischen den einzelnen Rechtsordnungen nicht bestehen, so daß hieraus kaum Konflikte entstehen werden. Als Schaden ist grundsätzlich jede Einbuße an natürlichen Lebensgütern oder am Vermögen zu verstehen⁶⁷.

Besonders schwierig ist es allerdings, Schadensberechnungen, die durch eine verschiedene Einstellung zum Kausalitätsproblem erfolgten, miteinander in Vergleich zu setzen. Man betritt hier in allen Rechtsordnungen sehr unsicheres Gelände. Es darf nur an die Lage im englischen common law erinnert werden. Seit der Entscheidung des Privy Council aus dem Jahre 1963 im Fall „The Wagon Mound“^{68, 69} ist es wieder offen, ob für den Schaden, der vom Täter zu ersetzen ist, foreseeability gefordert wird oder nicht; die berühmte „Polemis“⁷⁰-Entscheidung des House of Lords stellte sich auf den gegenteiligen Standpunkt. Ist somit schon unsicher, ob die lex loci selbst einen Unterschied zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität macht, so wird die Sachlage keineswegs einfacher, wenn noch ein Vergleich mit der deutschen lex fori gezogen werden soll.

Fragen der sogenannten überholenden Kausalität gehören mehr⁷¹ in den Bereich der Schadensberechnung als in den Bereich der Kausalität.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

Für die Frage des „Ob“ des deliktsrechtlichen Anspruchs ist es ferner notwendig, Rechtswidrigkeit und Schuld bei den einzelnen Rechten zu vergleichen⁷². Es kann hier möglich sein, daß das ausländische Recht eine Tat für gerechtfertigt bzw. für rechtswidrig hält und daß das deutsche Recht hierzu die umgekehrte Auffassung vertritt. Ein Beispiel ist das vielzitierte „Linksfahren“ in Großbritannien und Schweden, weiter etwa ein Geschäftsgebaren, das im Ausland durchaus legitim ist, in Deutschland aber gegen § 1 UWG verstößt. In derartigen Fällen hängt das Unwerturteil weitgehend von den jeweiligen örtlichen Gegebenheiten ab, ein generelles, für beide Rechtsordnungen gleichermaßen gültiges Urteil, kann dabei nicht gefällt

66 Im einzelnen freilich herrscht heilloses Stimmengewirr.

67 S. Larenz, SchR I, S. 151.

68 (1961) 1 All E. R. 404 (P.C.).

69 Zu dieser Entscheidung Stoll, „The Wagon Mound“ — eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht, Dölle-Festschr., Bd. I, S. 371 ff.

70 Re Polemis (1921) 3 K. B. 560.

71 Larenz, SchR I, S. 169 f.

72 Allgemein über die Rechtfertigungsgründe im IPR Böhmer, Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlungen im internationalen Privatrecht, Diss. Erlangen 1962.

werden. Hier muß in gleicher Weise verfahren werden wie bei der Ausfüllung des § 823 Abs. 1 bzw. 2 BGB. Das Unwerturteil kann nur unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Tat im Ausland begangen worden ist, gefällt werden⁷³. Schwierig gestaltet sich auch der Vergleich der „faute“ des französischen Rechts. Sie ist der Sammelbegriff für jegliches fehlerhafte Verhalten; es wird also nicht so sehr darauf abgestellt, ob es im Einzelfall rechtswidrig und schuldhaft ist⁷⁴. Wo man im deutschen Recht ansetzen muß, ist demnach kaum generell zu beantworten.

Hinsichtlich der Frage des Mitverschuldens ergeben sich im allgemeinen keine Unzuträglichkeiten, da alle Rechte das Mitverschulden des Klägers berücksichtigen. Es ist im übrigen für Art. 12 EGBGB ohne Interesse, weil es hier ja nicht um den Schutz des deutschen Täters geht. Ob etwa die alte common law-rule, die bei Mitverschulden jeglichen Anspruch des Verletzten entfallen ließ⁷⁵, gegen den deutschen ordre public verstößt, braucht hier nicht vertieft zu werden.

Mit in den Vergleich ist auch die Deliktsfähigkeit⁷⁶ des Täters einzubeziehen⁷⁷. Da fast alle Rechte eine den §§ 827, 828 BGB entsprechende Regelung besitzen und die Billigkeitshaftung des § 829 BGB kennen, lohnt es sich nicht, weiter darauf einzugehen. Es sind auch keine praktischen Fälle mit Auslandsbeziehungen bekannt, in denen diese Frage Kopferbrechen bereitet.

d) Das Maß der Haftung

Nicht allein das „Ob“, sondern auch das „Wie“ muß infolge von Art. 12 EGBGB nach beiden Rechten geprüft werden⁷⁸. Es ist also durch den Vergleich der beiden Rechtsordnungen festzustellen, ob die lex fori die durch die lex loci angeordnete Rechtsfolge im gegebenen Fall auf das Maß des deutschen Rechts zurückzuführen hat. Auch hier wird

73 Der BGH hat in seiner Rechtsprechung zum internationalen Wettbewerbsrecht einen ähnlichen Weg eingeschlagen. Zwar kam er infolge seines Ausgangspunktes (Anwendung des gemeinsamen Heimatrechts) nicht zur Erörterung des Art. 12 EGBGB, doch hat er für die Frage der Sittenwidrigkeit die Verhältnisse am Tatort mit in Erwägung gezogen.

74 Die culpabilité tritt mehr in den Hintergrund.

75 Sie besteht noch in einigen Staaten der USA. In England ist sie durch den Contributory Negligence Act von 1945 abgeschafft worden, nunmehr ist die Herabsetzung je nach dem Grad des Verschuldens des Klägers möglich (apportionment). Aus der außerenglischen Literatur Grönfors, Apportionment of damages in the Swedish law of torts, Scandinavian Studies in Law, vol. I, Stockholm 1957, S. 95 ff.

76 Wohl die einzige positivierte Kollisionsnorm bezüglich der Deliktsfähigkeit enthält Art. 24 Abs. 3 des Liechtensteinischen ZGB, der wie folgt lautet: „Die Deliktsfähigkeit für unerlaubte Handlungen, welche dem inländischen Recht unterstehen, richtet sich nach liechtensteinischem Recht.“ Es handelt sich also um eine einseitige Kollisionsnorm.

77 Lütkehaus aaO S. 81 Anm. 321 meint, daß die Frage der Deliktsfähigkeit wie die der Geschäftsfähigkeit behandelt werden müsse.

78 Neubecker aaO S. 85 wollte Art. 12 EGBGB auf letzteren Punkt beschränken.

sich wieder zeigen, daß ein echter Vergleich oft nicht möglich ist, sondern mehr oder weniger willkürlich eine Differenz zwischen den beiden anzuwendenden Rechten festgelegt wird, deren Begründung auf sehr schwachen Beinen steht; denn das Umschlagen von Qualität in Quantität ist nicht immer festzustellen, wie schon oben ausgeführt wurde.

Soweit es sich um reine Quantitätsvergleiche handelt, ist die Sache verhältnismäßig einfach. Es macht keine besondere Mühe eine kleine Ziffer mit einer größeren zu vergleichen ⁷⁹.

aa) Immaterieller Schaden

Die enge Regelung des § 253 BGB findet sich eigentlich nur noch im italienischen Recht in Art. 2059 c.c., so daß, wenn der Ersatz immateriellen Schadens inmitten steht, Art. 12 EGBGB seine Sperrwirkung oft entfalten wird. In den Rechten, in denen die deliktsrechtliche Generalklausel herrscht, wird auch meist in großzügiger Weise Ersatz des immateriellen Schadens gewährt wie z. B. in Frankreich (dommage moral). Soweit also die lex loci Ersatz des immateriellen Schadens gewährt und die lex fori nicht, läßt sich der Vergleich relativ leicht durchführen. Die lex fori verhindert die Geltendmachung solchen Schadens.

Wenn aber beide Rechte an sich diese Art des Schadensersatzes gewähren, die Praxis der lex loci aber dabei recht großzügig verfährt (wie in Frankreich), die Summen, die die Gerichte der lex fori zusprechen, jedoch weit dahinter zurückbleiben, die Schadensberechnung also ein unterschiedliches Ausmaß hat, so besteht zwischen diesen beiden Handhabungen eine wesentliche Differenz. Das Ermessen, das dem Richter hierbei zukommt, ist nach den oben gemachten Vorschlägen zu handhaben.

bb) Materieller Schaden

Die Art der Schadensberechnung ist ein Faktor, der auf den tatsächlichen Umfang des zu ersetzenden Schadens großen Einfluß hat. Fraglich kann hier vor allem sein, wie weit in einer Rechtsordnung die Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno) geht. Hier eine einheitliche Lösung schon im internen Recht antreffen zu wollen ⁸⁰, wäre ein vergebliches Unterfangen. Eine solch unsichere Rechtslage zudem in Vergleich mit einem ausländischen Recht zu setzen, das evtl. gleichermaßen problematisch ist, steigert noch erheblich die bereits bestehenden Schwierigkeiten.

Höchst zweifelhaft erscheint die Rechtslage dann, wenn die lex loci eine andere Form des Schadensersatzes vorsieht als das deutsche Recht,

⁷⁹ Anders liegt es aber in den nachfolgend zu behandelnden Fallgruppen.

⁸⁰ Es sei nur auf die Frage „Neu für Alt“ hingewiesen.

also etwa an Stelle der Naturalrestitution nur Geldersatz oder nur Kapitalabfindung statt einer Rente zuläßt, und diese in eine meßbare Beziehung zu bringen. Daß es sich hier nicht schlechthin um das Maß des Schadensersatzes handelt, dürfte einleuchten. Die Verschiedenheit in der Art des Ersatzes ist eben eine andere als die in seinem Ausmaß⁸¹. Hier im Einzelfall einen Quantitätsunterschied hineininterpretieren zu wollen, erscheint ein recht künstliches Bemühen zu sein, was daher abzulehnen ist. Hier ist allein das ausländische Recht, also die *lex loci*, als maßgebend anzusehen. Zu einem anderen Ergebnis kam indes der Supreme Court der USA im bekannten Fall Slater v. Mexican National R.Co.⁸², in dem Justice Holmes seine bekannte „obligatio“-Theorie entwickelte. Nach dem an sich für anwendbar erklärten mexikanischen Recht hätte den Klägern eine Jahresrente zugestanden; das Recht von Texas (als *lex fori*) sah für diese Fälle aber nur eine Kapitalabfindung (*lump sum*) vor, jedoch meinte das Gericht, daß das Forum nicht imstande sei, ein derartiges, der *lex loci* entsprechendes Urteil zu erlassen; es wies daher die Klage aus prozessualen Gründen⁸³ ab. Daß so in Deutschland nicht verfahren werden kann, ist gerade dargelegt worden.

Eine andere Schwierigkeit besteht darin, daß in vielen Fällen der Gefährdungshaftung⁸⁴, z. B. nach § 12 StVG, das deutsche Recht Höchstbeträge festgesetzt hat, die dem ausländischen Recht entweder fremd sind bzw. in denen es höhere Summen zuerkennt. Es berührt wohl peinlich, wenn man etwa auf einen sich in England zugetragenen Verkehrsunfall einerseits hinsichtlich des Tatbestandes die deutschen Vorschriften an das englische Recht „anpaßt“, die Rechtsfolgen aber nach den insoweit nicht „angepaßten“ deutschen Bestimmungen beurteilt. Gleichwohl wird sich dieses unerquickliche Ergebnis nicht vermeiden lassen, da sonst dem Art. 12 EGBGB jede Wirkung genommen würde.

e) Modalitäten des Anspruchs

Nachdem nun festgestellt worden ist, daß sich der Vergleich sowohl auf das „Ob“ als auch auf das „Wie“ der Haftung zu erstrecken hat, bleibt noch zu prüfen, ob der Schadensersatzanspruch auch in seinen sonstigen Beziehungen sich am deutschen Recht als dem Maximum zu orientieren hat. Als derartige „Modalitäten“⁸⁵ kommen insbesondere

81 Zitelmann, IPR II, S. 509, und Frankenstein, IPR II, S. 380, wollen den Richter im Einzelfall entscheiden lassen, ob in der Artverschiedenheit auch eine Maßverschiedenheit gesehen werden kann.

82 194 US 120 (1904).

83 Welches die angemessene Lösung dieses Falles gewesen wäre, braucht hier nicht weiter untersucht zu werden.

84 Diese sog. Quasidelikte werden nach allgemeiner Meinung ebenfalls von Art. 12 EGBGB mitumfaßt.

85 Der Ausdruck hat nichts mit den sog. Erfüllungsmodalitäten zu tun.

in Betracht: Übertragbarkeit, Vererblichkeit, Aufrechenbarkeit, Verjährung und Regreß- bzw. Ausgleichsansprüche. Dies setzt natürlich voraus, daß ein solches Vorgehen überhaupt möglich ist. Nicht jede von den genannten Beziehungen hat ja einen direkten Einfluß auf die Obligation des Täters. Ob der Täter dem Verletzten oder an dessen Zessionar zu zahlen hat, bleibt sich für die hier zu entscheidende Frage gleich, auch wenn im Einzelfall das deutsche Recht die Übertragbarkeit⁸⁶ der Forderung nicht zuläßt (§ 847 Abs. 1 S. 2 BGB) oder vor allem für noch nicht perfekt erklärt hat⁸⁷. Wollte man hier — soweit die Übertragbarkeit unter Lebenden in Frage steht — durch Art. 12 EGBGB zur Abweisung der Klage kommen, so wäre dies nur eine zeitweilige Verhinderung der Geltendmachung, weil auf jeden Fall dem Verletzten selbst der Anspruch zugesprochen werden müßte. Dem Zedenten nunmehr die Forderungsbefugnis absperehen zu wollen, da ja die Forderung bereits abgetreten wurde, ist unbillig; er könnte zu Recht die Einrede der Arglist erheben⁸⁸. Aus Art. 12 EGBGB selbst ergibt sich für dieses Problem nichts, er bewirkt keinesfalls die relative (d. h. dem deutschen Täter gegenüber) Unwirksamkeit der Zession. Die Zession ist ein nach dem Entstehen des Anspruchs vorgenommenes Rechtsgeschäft und wird daher von Art. 12 EGBGB nicht mehr erfaßt⁸⁹, auch wenn sie an sich dem Schuldstatut⁹⁰ unterläge.

Ist aber der Verletzte vor der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs gestorben, und hat eine Übertragung nicht stattgefunden, dann greift § 847 Abs. 1 S. 2 BGB ein und schließt die Geltendmachung des Anspruchs durch die Erben aus.

Ob gegen den Anspruch aus unerlaubter Handlung auch aufgerechnet werden kann, entscheidet sich — folgt man der h. M. — nach dem Deliktsstatut. § 393 BGB ist hier ohne Bedeutung, da deutsches Recht nicht Deliktsstatut ist.

Wie die Aufrechnung, so erfolgt auch die Berufung auf die Verjährung im Wege der Einrede. Dies spielt aber für Art. 12 EGBGB keine Rolle, denn notwendig ist nur, daß deutsche Vorschriften den dem ausländischen Recht unterliegenden Anspruch evtl. beschränken können. Gleichgültig ist dabei, ob die Anwendung der Vorschriften von Amts wegen oder im Wege der Einrede erfolgt. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Frage der Form der Geltendmachung der Rechte.

Wie bereits näher ausgeführt, richtet sich die Verjährung nach der *lex loci* als der maßgeblichen *lex causae*. Entsteht also ein Konflikt zwischen zwei verschieden langen Verjährungsfristen, so gilt die

86 Art. 49 OR gestattet die Übertragung des Anspruchs auf immateriellen Schaden unter Lebenden.

87 Vgl. Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 1 (S. 212); Lüderitz, Diss., S. 20 f.

88 So Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 1 (S. 212).

89 A. A. Lüderitz, Diss., S. 21.

90 Raape, IPR, S. 506.

deutsche Verjährungsfrist, falls die ausländische länger ist. Hier richtet sich dann die Verjährung nach der *lex fori*, da insoweit die deutsche Verjährungsfrist als Bestandteil des deutschen *ordre public* anzusehen ist, was sonst aber abzulehnen ist.

2. Kumulative Anwendung sonstiger deutscher Vorschriften außerhalb des Deliktsrechts?

Es wird fast durchweg⁹¹ behauptet, daß in den Vergleich auch die sonstigen Vorschriften des deutschen Rechts miteinbezogen werden müßten, weil diese dem Kläger nur günstiger seien, und damit der rigorose Art. 12 EGBGB im Effekt etwas gemildert werden könne⁹². Eine derartige Auslegung läßt sich auch mit Art. 12 EGBGB vereinbaren; er spricht lediglich pauschal von „den deutschen Gesetzen“, nicht etwa enthält er eine Einschränkung auf die deliktsrechtlichen Bestimmungen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist es also durchaus möglich, daß zum Vergleich auch die anderen deutschen Vorschriften außerhalb des Deliktsrechts herangezogen werden können. Das Argument allein, daß dadurch die Wirkung des Art. 12 EGBGB gemildert würde, genügt wohl nicht. Zum anderen ist auch fraglich, ob eine solche Auslegung systematisch richtig ist, und das angestrebte Ergebnis nicht etwa auch auf anderem Wege erzielt werden könnte.

Allenthalben erfolgt die Qualifikation des Begriffs der unerlaubten Handlung nach dem deutschen Recht; wenn nun aber nach dem deutschen Recht ein rechtlich anders gearteter Anspruch mit dem Deliktsanspruch zusammentrifft oder an Stelle von diesem weiterbesteht, so wird damit die deliktsrechtliche Basis, von der Art. 12 EGBGB ausgeht, verlassen. Man begibt sich auf ein anderes Feld. Richtig ist zwar, daß dadurch evtl. ausländische Deliktsansprüche nicht in dem Umfang geltend gemacht werden können als dies wünschenswert wäre. Wenn aber das deutsche Recht neben dem Deliktsanspruch noch einen anderen Anspruch in Konkurrenz zu diesem annimmt, dann handelt es sich eben um eine Mehrfachqualifikation durch die *lex fori*. Führt der eine Anspruch nicht zum Ziel, z. B. weil er verjährt ist, so ist es immer noch möglich, auf den anderen auszuweichen, da er ja ein rechtlich selb-

91 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 1 (S. 212); Frankenstein, IPR II, S. 379 Anm. 76; RGZ 118, 141.

92 Zitelmann, IPR II, S. 506, und ihm folgend Walker, IPR, S. 452, sind der Auffassung, daß sich Art. 12 EGBGB nur auf die deliktsrechtlichen Bestimmungen des deutschen Rechts beziehe. Beide geben hierfür allerdings keine nähere Begründung, weshalb z. B. Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 1 (S. 212), meint, daß Zitelmann gar nicht an diese Fallgestaltungen gedacht habe und daher nicht als Gegenstimme aufgeführt werden könne. Ob ein solcher Schluß gezogen werden kann, erscheint sehr zweifelhaft, zumal Zitelmann den Delikten in seiner Darstellung einen breiten Raum gewährt.

ständiges Schicksal hat⁹³. Für diesen Anspruch steht eine eigene Kollisionsnorm zur Verfügung⁹⁴. Gleichgültig ist hierbei, ob diese auf deutsches oder ausländisches materielles Recht verweist. Es ist also das Statut dieses Anspruchs selbständig zu bestimmen. Damit steht aber weiter fest, daß es sich um keinen Deliktsanspruch mehr handelt.

Es ist also nur scheinbar richtig, wenn die h. M. behauptet, daß infolge der engen Auslegung des Art. 12 EGBGB, wonach dieser nur die deutsche Deliktsvorschriften als Vergleichsbasis berufe, dessen Ausnahmewirkung noch verstärkt werde und daß es daher notwendig sei, auch die übrigen Vorschriften des deutschen Rechts mit zum Vergleich heranzuziehen. Diese Interpretation ist nicht erforderlich. Sobald der Anspruch nicht mehr als einer aus unerlaubter Handlung qualifiziert wird, wird auch der Anwendungsbereich von Art. 12 EGBGB verlassen⁹⁵. Andere Ansprüche als aus unerlaubter Handlung unterfallen aber nur den Beschränkungen des allgemeinen ordre public nach Art. 30 EGBGB⁹⁶. Ist somit ein nach der lex loci gegebener Anspruch aus unerlaubter Handlung in Deutschland nicht mehr geltend zu machen, so bleibt doch der mit ihm konkurrierende Anspruch aus Vertrag, ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ähnlichen Tatbeständen dem Kläger gegen den deutschen Beklagten erhalten⁹⁷. Aus ihm kann er vorgehen. Die enge Auslegung des Art. 12 EGBGB, die nur eine Verweisung auf die deutschen Deliktsvorschriften für gegeben erachtet, führt daher zu keinen Unzuträglichkeiten, wie die h. M. behauptet. Sie ist im Gegenteil systematisch allein möglich. Es bedarf also nicht der etwas kühnen Feststellung, daß Art. 12 EGBGB auch auf das deutsche Kollisionsrecht verweise⁹⁸.

93 Diese Selbständigkeit kommt z. T. auch in § 852 Abs. 2 BGB zum Ausdruck.

94 Ist diese praktisch nicht vorhanden, so muß sie eben erst formuliert werden.

95 Ruhr, Diss., S. 49, spricht zutreffend davon, „daß der Anspruch aus unerlaubter Handlung nur als Fiktion festgehalten wird und sich in Wahrheit auf einem anderen Rechtsgrund aufbaut“.

96 Ruhr, Diss., S. 48 ff., wendet sich ebenfalls gegen die h. M. Seine Auffassung gewinnt er allerdings von dem irrigen Ausgangspunkt aus, daß das, was als Delikt anzusehen sei, sich nach der lex loci, folglich der lex causae, bestimme (aaO S. 22). Dieser Irrtum zeigt sich vor allem auf S. 49.

97 Lüderitz, Diss., S. 12, will offenbar die deutschen Vorschriften außerhalb des Deliktsrechts auch dann heranziehen, wenn diese den ausländischen Deliktsanspruch zu Fall bringen („in dessen Rahmen ist die Gesamtheit der deutschen Vorschriften heranzuziehen, sei es, daß sie den nach ausländischem Recht begründeten Deliktsanspruch negieren, ...“). Damit widerspricht er sich insofern selbst, als er einerseits Art. 12 EGBGB einen möglichst engen Anwendungsbereich einräumen will und zum anderen, wie sich aus seinen folgenden Ausführungen entnehmen läßt, weil er nach der lex fori die Qualifikation vornimmt. Wenn der Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund als dem einer unerlaubten Handlung abgewiesen wird, dann stützt er sich eben im konkreten Fall nicht auf unerlaubte Handlung, für Art. 12 EGBGB ist kein Platz mehr.

98 So Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VII 1 b (S. 212).

Abzulehnen ist auch die rein fiktive Heranziehung des deutschen materiellen Rechts⁹⁹ außerhalb des Deliktsrechts, wenn also das deutsche Recht nicht auf Grund einer Kollisionsnorm angewandt wird. Wie oben dargelegt wurde, gibt Art. 12 EGBGB hierfür keinerlei Anhaltspunkte.

III. Ausländische Kumulationsnormen verwandter Art

Auch die ausländischen Rechte kennen gewisse Einschränkungen zugunsten der *lex fori*. Der Hauptunterschied zu der deutschen Regelung besteht aber darin, daß sie samt und sonders den der *lex loci* unterstehenden Anspruch *immer* auf das Maß der *lex fori* zurückführen, falls diese weniger gewährt.

1. Art. 11 Abs. 1 bis 3 der japanischen Ho-Rei vom 15. 6. 1898 enthält eine differenzierte Lösung. Nach Abs. 1 des Art. 11 ist grundsätzlich die *lex loci* anzuwenden. Liegt keine unerlaubte Handlung nach Auffassung des japanischen Rechts vor, dann wird das Prinzip der *lex loci* ausgeschaltet (Art. 11 Abs. 2). Damit wird ausdrücklich vorgeschrieben, die Qualifikation nach der *lex fori* vorzunehmen. Ist die Handlung nach japanischem Recht wie nach dem der *lex loci* nicht erlaubt (*illicite*), so können nur in dem Umfang Schadensersatz oder andere Maßnahmen verlangt werden, als das japanische Recht dies zugesteht¹⁰⁰. Interessant ist an dieser Regelung auch, daß diese Vorschrift noch andere Rechtsfolgen als den bloßen Geldersatz im Auge hat. Die Kumulation erfolgt hier ebenfalls aus *ordre public*-Erwägungen.

Fast denselben Inhalt haben Art. 25 des chinesischen Gesetzes über das IPR vom 5. 8. 1918 und Art. 15 des siamesischen IPR-Gesetzes vom 10. 3. 1939.

Auch im ägyptischen (Art. 21 ZGB vom 29. 7. 1948) und syrischen (Art. 22 ZGB vom 16. 5. 1949) IPR wird die Geltung der *lex loci* eingeschränkt, wenn die Rechtswidrigkeit nicht nach der *lex fori* gegeben ist. Es genügt also an sich für die Geltendmachung des Anspruchs, daß der Tatbestand nach beiden Rechten übereinstimmt, nicht notwendig ist es, daß das Ausmaß der Haftung den gleichen Umfang haben muß.

2. Eine besondere Stellung kommt, wie dem deutschen Recht, auch dem englischen Recht zu. Es ist zwar nicht — wie im deutschen Recht — eine personelle Beschränkung der englischen Normen angeordnet, wohl aber spielt die *lex fori* eine große, wenn nicht die überragende

⁹⁹ Lüderitz, Diss., S. 22 f., will dies zulassen.

¹⁰⁰ „... la victime ne peut demander que des dommages-intérêts ou des mesures prévues par les lois du Japon.“

Rolle¹⁰¹. Seit *Machado v. Fontes*¹⁰² genügt es, daß für die im Ausland begangene Tat schon allein strafrechtliche Rechtswidrigkeit vorliegt. Man kann daher im strengen Sinne von einer Kumulation der *lex loci* mit der *lex fori* gar nicht sprechen; es handelt sich vielmehr um die gesonderte kumulative Anknüpfung der Rechtswidrigkeit als einer Teilfrage. Dies führt dazu, daß auf Grund der *lex fori* Schadensersatz zugesprochen werden kann, obwohl die *lex loci* einen derartigen Anspruch nicht gewährt. Zumindest in Fällen der letztgenannten Art kann gesagt werden, daß der Anspruch ausschließlich im englischen Recht seine Begründung findet^{103, 104}.

IV. Materiell-rechtliche und prozessuale Wirkungen von Art. 12 EGBGB

Wenn nun im Einzelfall die Kumulation durchgeführt worden ist und diese ergeben hat, daß der der *lex loci* unterstehende Anspruch weiter geht als nach deutschem Recht — denn nur dieser Fall ist interessant¹⁰⁵ —, dann entfaltet Art. 12 EGBGB seine „Sperrwirkung“. Der Kläger erhält nur den Schadensersatz zugesprochen, der ihm nach deutschem Recht zusteht. Wie ist nun diese Anspruchskürzung aufzufassen? Handelt es sich um eine materiell-rechtliche Einwirkung der *lex fori* auf den Anspruch oder ist diese nur prozessualer Art, und zwar dergestalt, daß dem überschießenden Teil des an sich der *lex loci* unterstehenden Anspruchs allein die volle Durchsetzbarkeit fehlt¹⁰⁶?

Aus einem Vergleich mit Art. 30 EGBGB läßt sich für diese Frage keine Antwort herleiten¹⁰⁷; denn die Wirkungen der speziellen Vorbehaltsklausel des Art. 12 EGBGB und der allgemeinen des Art. 30 EGBGB sind verschieden, soweit sie die technische Seite der Rechtsanwendung betreffen. Wie bereits ausgeführt, ordnet Art. 12 EGBGB die Anwendung deutschen Rechts anstelle des Rechts der *lex loci* an, allerdings nur teilweise und nicht in vollem Umfang. Die allgemeine Vorbehaltsklausel sagt aber nicht, daß die *lex fori* anzuwenden sei, sondern es bleibt durchaus Raum für die Anwendung des ausländi-

101 Es kann hier nicht der Ort sein, das englische internationale Deliktsrecht in seiner Entwicklung darzustellen. Man vergleiche die Ausführungen von Kahn-Freund in *Dicey-Mooris, Conflict of laws*, S. 932 ff.

102 (1897) 2 Q.B. 231 (C.A.).

103 Dieser Auffassung scheint auch Wolff, *Private International Law*, S. 492, zu sein.

104 Die Lage ist also der des Kegelschen Auslandsverhältnisses ähnlich.

105 Gewähren *lex loci* und *lex fori* den gleichen Anspruch, so ist die Kumulation uninteressant. Hier findet der Anspruch auf jeden Fall seine Stütze in der *lex loci*.

106 Diese Ansicht vertritt Kahn, *Abhandl.* Bd. I, S. 448. Damit bringt er zum Ausdruck, daß die Erzwingbarkeit des Anspruchs eine prozessuale und keine materiell-rechtliche Frage ist. Vgl. aber Schnorr von Carolsfeld, *Internationalrechtliche Fragestellungen*, S. 250.

107 Unrichtig daher Lüderitz, *Diss.*, S. 25.

schen Rechts; dieses wird lediglich im Sinne des *ordre public* der *lex fori* ummodelliert. Es erfolgt also ein jeweils andersgearteter Eingriff der *lex fori* in das normalerweise zur Anwendung berufene Recht. Der positive Vorbehalt des Art. 12 EGBGB bewirkt stets die Anwendung deutschen Rechts, der negative des Art. 30 EGBGB hat zuerst die Ausschaltung der fremden Vorschrift zum Ziel; entsteht hierbei eine Lücke, so ist diese mittels des ausländischen Rechts auszufüllen¹⁰⁸, soweit dies dazu geeignet ist.

Da es sich bei Art. 12 EGBGB um eine Vorschrift des *ordre public* handelt, ist sie immer anzuwenden, unabhängig davon, *wann* der Sachverhalt sich abgespielt hat. Dies ist natürlich heute meist ohne jegliche Bedeutung, es fragt sich aber, ob aus dieser Richtung keine Antwort auf unsere oben gestellte Frage zu bekommen ist. Denn es ist ein alter Grundsatz des intertemporalen Rechts, daß prozessuale Vorschriften rückwirkend anzuwenden sind, nicht aber materiell-rechtliche Bestimmungen. Bei der Einführung des BGB wurde indes sowohl von K a h n¹⁰⁹ als auch von H a b i c h t¹¹⁰ vertreten, daß auch auf die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen Sachverhalte Art. 12 EGBGB anzuwenden sei, und zwar seien hierbei die nunmehrigen materiellen Bestimmungen des BGB als Vergleichsnormen heranzuziehen und nicht etwa das preußische ALR oder das sächsische BGB. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß es sich bei Art. 12 EGBGB um einen prozessualen Eingriff handle und nicht um einen materiell-rechtlichen. Diese Betrachtungsweise scheint indes zu sehr die technische Seite zu betonen. Wesentlich ist doch, daß der Anspruch durch das deutsche Recht kupiert wird, es sich also um einen der Angleichung entsprechenden Vorgang handelt. Für diese ist nie bezweifelt worden, daß das durch sie erzielte Ergebnis dem materiellen Recht zuzurechnen ist¹¹¹. Das gleiche hat auch für Art. 12 EGBGB zu gelten. Die Einschränkung des ausländischen Anspruchs durch die *lex fori* ist also als materiell-rechtliche und nicht bloß als prozessuale Sperre anzusehen¹¹². Art. 12 EGBGB wirft aber auch prozessuale bzw. mit dem Prozeßrecht zusammenhängende Fragen auf, so z. B. wie, wann und gegen wen diese Vorschrift geltend gemacht werden kann, ferner wie weit aus der Anwendung von Art. 12 EGBGB resultierende Ansprüche revisibel sind.

Daß Art. 12 EGBGB als Kollisionsnorm, die sich ja in erster Linie an den Richter wendet, von Amts wegen anzuwenden ist, dürfte kaum einem Zweifel unterliegen. Dies hat auch zur Folge, daß bei jeder

108 Staudinger-Raape, Art. 30 Anm. G II (S. 817).

109 Abhandl. Bd. I, S. 450.

110 IPR, S. 98.

111 Eine andere Frage ist es, ob man hierdurch zu gefestigten Normen gelangt. Hierzu Steindorff, Sachnormen im IPR, *passim*.

112 So auch Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B VIII (S. 215); Soergel-Kegel, Art. 12 Anm. 55; Lüderitz, Diss., S. 25.

gerichtlichen Geltendmachung ohne weiteres die Anwendung von Art. 12 EGBGB zu prüfen ist, wenn der Sachverhalt dazu irgendeine Veranlassung gibt. Wie der Anspruch vor Gericht geltend gemacht wird, ob als Klage, Widerklage, Einrede, ist dabei gleichgültig. Fraglich ist nur, ob Art. 12 EGBGB auch außergerichtliche Wirkungen zukommen, was wohl zu verneinen ist. Aktuell wird ja der ordre public (um einen solchen Fall handelt es sich ja hier) nicht bei Beziehungen der Rechtsossen untereinander, sondern erst dann, wenn der Rechtsstreit dem Richter der *lex fori* unterbreitet wird ¹¹³.

Der Schutz, den Art. 12 EGBGB dem deutschen Täter zukommen läßt, wird als verzichtbar angesehen ¹¹⁴. Raape leitet dies daraus ab, daß der Grundsatz der *lex loci* selbst nicht zwingend sei ¹¹⁵, weil die Parteien sich auch über den Anspruch selbst vergleichen könnten. Niemand wird ernsthaft bestreiten, daß ein Vergleich zwischen den Parteien über den streitigen Anspruch nicht möglich sein sollte. Ob indes Art. 12 EGBGB zwingend ist, ist eine hiervon zu unterscheidende Frage. Da bei einem Vergleich Art. 12 EGBGB nicht unbedingt anwendbar ist, kommt es darauf an, ob die Parteien dem Vergleich novierende Wirkung beilegen wollten oder nicht ¹¹⁶. Auf Grund der Tatsache allein, daß der Vergleich konstitutiv wirkt ¹¹⁷, ist noch nicht viel gewonnen; entscheidend ist vielmehr, wie sich die Beziehungen zwischen dem streitigen Rechtsverhältnis und dem Vergleich gestalten ¹¹⁸.

Eine Antwort läßt sich nur dann finden, wenn man den rechtlichen Charakter des Art. 12 EGBGB ins Auge faßt. Art. 12 EGBGB ist eine Schutzklausel für den deutschen Täter aus ordre public-Erwägungen. Der deutsche Richter ist daher, weil es sich um eine konkrete Ausgestaltung des allgemeinen, in Art. 30 EGBGB verankerten Prinzips handelt, gehalten, diese Vorschrift auch anzuwenden, ohne daß die Parteien hierauf einen Einfluß nehmen können ¹¹⁹. Hat ein deutscher Verletzter außergerichtlich auf den Schutz des Art. 12 EGBGB „verzichtet“, so liegt in Wahrheit ein Anerkenntnis vor; es ist Auslegungsfrage, ob es im konkreten Fall als kausal oder abstrakt anzusehen ist. Nur in letzterem Fall kommt dann eine gerichtliche Anwendung des

113 Ob überhaupt vor Rechtshängigkeit irgendwelche Rechtsbeziehungen zwischen dem Täter und dem Verletzten bestehen oder ob diese erst durch das Kollisionsrecht „geschaffen“ werden, kann hier nicht weiter vertieft werden.

114 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B IX (S. 215).

115 Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. A III (S. 196), ferner Raape, Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts, Festschr. f. G. Böhmer, S. 111 ff.

116 Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Beiträge zur Lehre vom Vergleich, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, H. 42, Breslau 1929, S. 70, 71.

117 Schnorr von Carolsfeld (wie Fußn. 116), S. 48.

118 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die nachträgliche Vereinbarung eines anderen Schuldstatuts als Vergleich angesprochen werden kann.

119 A. A. Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B IX (S. 215).

Art. 12 EGBGB nicht mehr in Frage. Auf Grund des ordre public-Charakters des Art. 12 EGBGB ist es nicht möglich, daß der deutsche Beklagte vor den deutschen Gerichten auf den Schutz, den diese Bestimmung ihm gewährt, verzichten kann.

Wer gehört nun zum Kreis der von Art. 12 EGBGB geschützten Personen? Unzweifelhaft werden einmal alle natürlichen Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit von der Bestimmung erfaßt. Die deutsche Staatsangehörigkeit muß im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung¹²⁰, sonach spätestens zum Schluß der Berufungsverhandlung, vorliegen, da die Staatsangehörigkeit hiermit für die Begründetheit der Klage, d. h. für deren Umfang, maßgebend ist. Eine spätere Berücksichtigung ist daher nicht mehr möglich¹²¹, auch wenn sie von Amts wegen zu prüfen ist.

Wird die Klage aus unerlaubter Handlung gegen die Erben oder den Testamentsvollstrecker erhoben, z. B. weil der Täter infolge seiner Handlung tödliche Verletzungen erlitten hat, so muß auch diesen Art. 12 EGBGB seinen Schutz gewähren, da der Kläger nicht davon, daß der Verletzte gestorben ist, profitieren darf, gleichgültig, ob in concreto die beklagte Partei die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder nicht¹²².

Neben den natürlichen Personen deutscher Staatsangehörigkeit gehören auch juristische Personen und nichtrechtsfähige Personenvereinigungen oder Vermögensmassen zum Kreis derer, die sich auf Art. 12 EGBGB berufen können, soweit sie für Delikte einzustehen haben. Bei den juristischen Personen kommt vor allem die Haftung für ihre Organe¹²³ wie auch die Haftung für ihre Angestellten, und zwar als Geschäftsherrnhaftung, in Frage. Es kann zwar bei juristischen Personen von einer Staatsangehörigkeit im engeren Sinne nicht gesprochen werden, wohl aber von einer gewissen Staatszugehörigkeit, die dann als gegeben angesehen wird, wenn sich der Sitz der juristischen Person im Herrschaftsbereich der lex fori befindet. Haftet demnach z. B. eine „deutsche“ juristische Person als Geschäftsherr für ein von einem ihrer Angestellten in Frankreich begangenes Delikt, so würde sie nach Art. 1384 C.c. ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises haften. Art. 12 EGBGB gewährt ihr aber den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB¹²⁴.

120 Raape spricht nur allgemein von der Verkündung des Urteils; welchen Urteils, sagt er nicht [Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B IV (S. 210)].

121 Kegel möchte u. U. noch in der Revisionsinstanz die Staatsangehörigkeit berücksichtigen (Soergel-Kegel, Art. 12 Anm. 56).

122 Ebenso Staudinger-Raape, Art. 12 Anm. B IV (S. 211), dort sind noch weitere Fragen behandelt.

123 S. OLG Nürnberg, 4. 1. 1934 — IPRspr. 1934 Nr. 26; Beitzke, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München und Berlin 1938, S. 235.

124 Die Frage des Entlastungsbeweises ist für international-privatrechtliche Zwecke eindeutig als eine materiell-rechtliche aufzufassen.

Ein schwieriges prozessuales Problem ist die Frage der Revisibilität bei Art. 12 EGBGB. Ist schon die Revisibilität ausländischen Rechts an sich ein heikles Thema, das einer im ganzen gesehen konsequenten Lösung ermangelt, so potenziert sich die Schwierigkeit noch in den Fällen, in denen neben ausländischem noch inländisches Recht anzuwenden ist, da die Kumulation zu einem in sich heterogenen Rechtsgebilde führt. Wir haben oben festgehalten, daß die *lex fori* das ausländische Recht nicht vollständig verdrängt, sondern nur auf den Umfang des deutschen Rechts reduziert. Als Anwendungsergebnis erhält man beim Wirksamwerden von Art. 12 EGBGB einen an das deutsche Recht angepaßten Anspruch. Wie steht es in diesem Fall mit der Revisionsmöglichkeit? Im Zusammenhang mit der Untersuchung über die Revisibilität deutschen Rechts, das durch die Ausschaltung einer ausländischen Vorschrift wegen Verletzung des ordres public zur Anwendung gelangt, macht Schröder¹²⁵ folgende treffende Bemerkung: „Es fragt sich hier jedoch, ob diese das ausländische Recht durch die inländische Regelung ersetzende Anpassung nicht inländisches Recht anwendet. Man sollte glauben, daß die Revisionsmöglichkeit nicht von der diffizilen, theoretisch zwar vollziehbaren, aber praktisch an Abgrenzungskriterien notleidenden Unterscheidung zwischen subsidiär angewandtem inländischem Recht einerseits und nur inhaltlich dem inländischen Recht ähnlich gemachtem ausländischen Recht andererseits abhängen darf.“ Wir haben festgestellt, daß die Anwendung von Art. 12 EGBGB materiell-rechtliche Wirkung besitzt. Das Ergebnis dieser Anwendung selbst kann man aber strenggenommen weder dem Recht der *lex loci* noch dem der *lex fori* zu rechnen. Die Verbindung beider Rechte im Einzelfall läßt sich nicht mehr als Anwendung eines materiell-rechtlichen Rechtssatzes erklären, der entweder der *lex loci* oder der *lex fori* entnommen worden ist.

Im Hinblick auf § 549 Abs. 1 ZPO ist in jeglicher Hinsicht das hereinspielende ausländische Recht als nicht revisibel zu betrachten¹²⁶. Entgegen der Ansicht von Schröder¹²⁷ kann hier bei Art. 12 EGBGB der „Anteil“ des maßgebenden ausländischen Rechts relativ leicht abge sondert werden. Gleichwohl ist theoretisch die Anwendung des Art. 12 EGBGB insoweit revisibel, als deutsches Recht in Frage steht. Jedoch hängt die Revisibilität allein des deutschen Rechts bei solcher Betrachtungsweise in der Luft; denn erst dann, wenn der Umfang des Anspruchs nach dem ausländischen Recht feststeht, kann eine Entscheidung darüber erfolgen, ob das deutsche Recht als Sperre eintreten soll.

125 Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, Neue Kölner Rechtswiss. Abh. H. 18, Berlin 1961, S. 70.

126 Anders ist die Sachlage evtl. dann, wenn beim Auslandssachverhalt das deutsche Recht unter Berücksichtigung der Tatsache, daß das Ausland berührt wird, angewandt wird.

127 AaO S. 70.

Wenn man also ausländisches Recht als irrevisibel ansieht, so ist eine ordnungsgemäße, genaue Nachprüfung der Anwendung des deutschen Rechts unmöglich; wollte man dieses Ergebnis vermeiden, so müßte wenigstens dann, wenn — wie hier — die Anwendung ausländischen Rechts die Voraussetzung für die des deutschen Rechts bildet, insoweit kraft Sachzusammenhangs auch die Revisibilität des ausländischen Rechts bejaht werden.

Nach der Auffassung der Rechtsprechung¹²⁸, wonach nur die Revision hinsichtlich der Anwendung deutschen Rechts für zulässig erachtet wird, wäre bei Art. 12 EGBGB das ausländische Recht — durch das Berufungsurteil definitiv festgestellt — vor dem Revisionsgericht als Tatsache zu behandeln. Hat das Berufungsgericht das ausländische Recht fehlerfrei festgestellt, so fällt die fehlende Revisionsmöglichkeit nicht weiter ins Gewicht; ist aber das ausländische Recht unrichtig ermittelt worden, so führt die Revision, die sich nur auf das deutsche Recht stützt, ins Leere; hierbei treten dann möglicherweise zwei Fehlerquellen auf: Entweder liegt in der Anwendung des deutschen Rechts selbst ein Mangel, oder eben aus dem Grund, daß die Anwendung deutschen Rechts für einwandfrei gehalten wird, obwohl dies wegen der fehlenden richtigen ausländischen Rechtsvorschrift gar nicht der Fall ist. Die ordnungsgemäße Anwendung des deutschen Rechts ist hier lediglich eine reine Fiktion.

Da nach § 550 ZPO nur die Verletzung eines Gesetzes als Revisionsgrund in Betracht kommt, ist das Anwendungsergebnis, das sich aus der Kumulation herleitet¹²⁹, einer Revision nicht zugänglich. Nur die Anwendung der Kumulationsnorm ist demnach in mehr oder weniger großem Umfang revisibel¹³⁰, nicht aber die Anpassung als solche.

V. Anwendbarkeit des Art. 12 EGBGB im Ausland

Als letzter Punkt aus dem Fragenkreis des Art. 12 EGBGB soll noch untersucht werden, ob auch ausländische Gerichte den Art. 12 EGBGB zu berücksichtigen haben. Da Art. 12 EGBGB als spezielle Vorbehaltsklausel zu werten ist, scheint es überflüssig zu sein, auf diese Frage überhaupt näher einzugehen, da es doch ein anerkannter Grundsatz des IPR ist, nur in Ausnahmefällen fremden *ordre public* zu berücksichtigen, ein solcher Ausnahmefall hier aber nicht vorliegt. Die

128 S. die Nachweise bei Soergel-Kegel, Anm. 117 vor Art. 7.

129 Nach der Auffassung Schröders aaO S. 74 ist der Anpassungsvorgang revisibel, da er dem Bereich der Rechtsanwendung zuzurechnen sei. Schröder würde bei Art. 12 EGBGB wohl auch in die Revision das ausländische Recht miteinbeziehen.

130 Ob im allgemeinen „Anpassungsgrundsätze“ als revisibel anzusehen sind, wie Schröder (obige Anmerkung) meint, erscheint nicht so sehr deswegen fraglich, weil evtl. deren Zugehörigkeit zur Rechtsanwendung bestritten werden könnte, sondern weil es überhaupt zweifelhaft ist, in wieweit es solche Regeln überhaupt geben kann.

Frage soll deshalb nur berührt werden, weil Frankenstein¹³¹ dem Art. 12 EGBGB eine aus seinem System sich ergebende besondere Bedeutung beilegt, die völlig von der h. M. abweicht. Er sieht in Art. 12 EGBGB keine spezielle Vorbehaltsklausel, sondern erblickt in Art. 12 EGBGB einen Ausfluß des Heimatrechts, also eine in seinem Sinne primäre Anknüpfung. Diese Interpretation widerspricht indes Art. 12 EGBGB, da nach dieser Vorschrift grundsätzlich die lex loci anzuwenden ist und nicht die lex fori (als Heimatrecht). Frankenstein ist ferner der Ansicht, daß Art. 12 EGBGB in seiner Wirkung nicht auf Deutschland beschränkt sei¹³², sondern daß er überall, somit auch von ausländischen Gerichten, anzuwenden sei, da das Personalstatut eben nur seine Rechtsgenossen in seinen Grenzen der lex loci unterwerfe.

Aus der grundsätzlichen Geltung des Personalstatuts zieht Frankenstein¹³³ den sonst nirgendwo vertretenen Schluß, daß Art. 12 EGBGB zugleich auch für den deutschen Täter ein Minimum an Haftung festlege¹³⁴.

Gegen beide Thesen Frankensteins ist — von seinem theoretischen Ausgangspunkt ganz abgesehen — einzuwenden, daß sie keine Stütze im positiven Recht finden. Wenn er Art. 12 EGBGB als Beleg seiner Ansicht heranzieht, so ist dies eine gewaltsame, innerlich nicht gerechtfertigte Interpretation dieser Bestimmung. Des weiteren ist zu bemerken, daß das Deliktsrecht wesentlich umweltbezogen ist und nur dann eine Anknüpfung an das Heimatrecht zuläßt, wenn der Konnex zu diesem stärker ist als zum Recht des Tatortes.

Bemerkt sei jedoch noch die in dieser Richtung interessante Entscheidung der Rb Maastricht vom 17. 5. 1938¹³⁵, in der ähnliche Erwägungen angestellt werden. Das Gericht will aus Art. 12 EGBGB nämlich die generelle Anwendung des Heimatrechts im Deliktsrecht entnehmen. So heißt es dort: „... daardoor geacht zou kunnen worden van het standpunt uit te gaan en te willen vaststellen, dat steeds de aansprakelijkheid van bedrivers van onrechtmatige daden moet worden beoordeeld naar hunne nationale wet, derhalve voor gedaagde, die Nederlander is, naar de Nederlandsche wet, welk standpunt naar het in het internationaal privaatrecht soms no geldend wederkeerigheidsbeginsel wel zou kunnen gebillijkt worden; ...“

131 IPR II, S. 381.

132 IPR II, S. 380.

133 IPR II, S. 380, 381.

134 Entsprechendes gelte auch für den Ausländer (aaO S. 383).

135 N.J. 1938 Nr. 961.

Sachverzeichnis*)

Abschlußzwang	61	Zweck	60
action directe	50 ff.	Begründung, mehrfache — des Schadensersatzanspruches	5 ff.
— anwendbares Recht	52 ff.	einzelne Fallgestaltungen	10
action oblique	53 ¹⁸¹	— im internen Recht	6 f.
Adhäsionsprozeß	237 ff.	— im IPR	10 ff.
Alleinvertriebsrecht	42	rechtsvergleichend	7 ff.
alternative Rechtsanwendung	252	Benzinkostenbeteiligung	31
Anerkenntnis	271	Bereicherung, ungerechtfertigte	69
Angleichung		Beseitigungsanspruch	182, 208 ff.
— bei Verjährung	113	— bei absoluten Rechten	208 f.
— und Beweislast	145 f.	— bei Immobilien	209 ff.
— und Kumulation	259 f.	internationale Zuständigkeit	
Anknüpfung		beim —	208 ¹⁷¹
alternative — bei Delikten	103, 141, 170	Betriebsrisiko	79, 106
mehrfache —	21	Beweis	137 ff.
mittelbare —	21	— bei Kollisionsnormen	138
— bei Vertragsverletzung	21	— bei Sachnormen	138 f.
— von Teilfragen	1, 32	prima facie —	153 ff.
Anspruchskonkurrenz	5 ff., 251 f.	Beweisbarkeit	137 ff.
— bei Vertrag und Delikt	6 ff.	Beweisgegenstand	137 ff.
— — kollisionsrechtliche Lösung	12 ff.	Beweislast	141 ff.
— — materiell-rechtliche Lösung	15 ff.	anwendbares Recht auf —	144 ff.
Beweislast bei —	146 f.	— bei Anspruchskonkurrenz	146 f.
Verjährung bei —	112 f.	— und Angleichung	145 ff.
Anspruchsmodalitäten	264 ff.	divergierende — verteilung	148
Anspruchsteilung	75	Unterscheidung der — von Behauptungs- und Beweisführungslast	142
Anspruchsverkürzung	269 ff.	Beweisverfahren	139
Assimilation verschiedener Ansprüche	16 f.	Beweiswürdigung	161
assumption of risk	31	Busfahrten	30 f.
Aufrechnung und kumulative Anwendung des Art. 12 EGBGB	265	cessio legis, Begriff	66
Ausgleich		consideration - Doktrin	24
— bei Gesamtschuld	76 ff.	debitor cessus	67, 69, 73, 82
Modifizierung durch Innenverhältnis	79	Deckungssumme, maßgebliche	61
Auslandssachverhalt	259	declaratory judgment	174
Ausschlußfrist	113	dédoublement fonctionnel	4
Außenbeziehung und Haftung	78, 105	Deliktsfähigkeit	262
Auswechslung der Forderung	74	Deliktsrecht, internationales (Literatur)	2 ³
Befreiungsanspruch nach Versicherungsvertragsrecht		dépeçage	1
— bei Auslandsunfällen	61 ff.	Differenztheorie im Privatversicherungsrecht	87
Geltendmachung durch Geschäftigten	60 ff.		
vertragliche Grundlage	62		

*) Die hochgestellten Ziffern verweisen auf die Fußnoten der betreffenden Seiten

Distanzdelikt	104, 243	Gesamthandlung, Begriff der —	128 f., 224
distributive Rechtsanwendung	97,	Gesamtschaden	
	100, 252 ³⁸	— aus Gesamthandlung	128 ff.
Drittschadensliquidation	36 f., 93 ff.	— aus mehreren Einzelposten	125 ff.
dyoterritoriale Delikte	200 ff., 242 ff.		
Ehrverletzung durch Presse s. Wider-		Gesamtschuld	
rufsanspruch		echte —	76, 79
einstweilige Verfügung	185 f.	Subrogation bei —	76 ff.
Eisenbahnrecht, internationales	30 ⁹⁹	unechte —	69
Einwirkungen auf den Schadenser-		Geschäftsbedingungen, allgemeine	25, 63
satzanspruch		Geschäftsherrnhaftung	77 f.
materiell-rechtliche —	5 ff.	Gewinn, entgangener	118, 169 f.
prozessuale —	137 ff.	Währung bei —	122 ff.
vertragliche —	25 ff.	Gleichlauf	
Entlastungsbeweis	152, 272	zwischen anwendbarem Recht und	
Entscheidungseinklang	3, 23, 90, 111	internationaler Zuständigkeit	234
Erfahrungssätze	154	zwischen Straf- und Zivilrecht	237 ff.
Erfüllungsort, Bestimmung des — s	132 f.	Grüne Karte	58 ff., 65, 71 f.
Erlaß	32	Grundurteil	181
Ermessen, richterliches	161		
Erscheinungsort, presserechtlicher	230	Haftungsausschluß (-begrenzung)	
exemplary damages	241		26 ff., 37
Exportverbot	42, 109	Drittwirkung des — sses	46 ff., 77
		Einfluß auf Deliktsanspruch	28 ff.
Feststellungsanspruch	174 ff.	— Klauseln	14 f., 44
Feststellungsinteresse	179 ff.	Kumulation von Vertrags- und	
Feststellungsklage	37, 173 ff.	Deliktsstatut	28 f.
Funktion der —	173 f.	stillschweigender —	31, 37
Flugzeugabsturz	5, 44, 102	Haftungsmaßstab, vertraglicher	28
Forderungsübergang		Handeln auf eigene Gefahr	31, 37
— kraft öffentlich-rechtlicher Vor-		Handels- und Firmennamen	196
schriften	80 ff.	Heimatrecht	245 f., 275
— kraft privatrechtlicher Vor-		gemeinsames —	35, 55, 245
schriften	66 ff.	Herstellerhaftung s. Produkten-	
— und Kumulation	265	haftung	
Frachtvertrag	35 f.	Herstellungsort	
Freizeichnungsklausel s. Haftungs-		Anknüpfung an — bei Produkten-	
ausschlußklauseln		haftung	104 ff.
Fremdwährungsschuld		Hinterbliebene	
effektive —	132, 135	Ansprüche der — n bei Unfall	44, 49
Schadensersatz als —	115 ff.	Höchstbeträge für Schadensersatz	264
functional approach	34		
		Immissionen s. Nachbarrecht	
Gefälligkeitsfahrten	31	injunction	188 ⁹⁹
Gegendarstellungsanspruch	220 f.,	interlokales Recht	192
	226 ff.	— Presserecht	226 ff.
— im interlokalen Presserecht	226 ff.	— Strafrecht	228, 237 ff.
— — anwendbares Recht	228 ff.	internationales Presserecht	231 ff.
— — örtliche Zuständigkeit	227 f.	internationale Zuständigkeit	
— im internationalen Presserecht	231 ff.	ausschließliche —	190
— — einseitige Kollisionsnorm	233	— bei Gegendarstellung	233 f.
	114	— bei Unterlassungsklagen	188 ff.
Geldsummenschuld		— bei Widerruf	224 f.

— des Belegenheitsstaates	211 ff.	Legalzession	
— kraft Sachzusammenhanges	224 f.	— im Beamtenrecht	91 f.
— und Gleichlauf mit materiellem Recht	234	— im Sozialversicherungsrecht	81
— und örtliche Zuständigkeit	234	— und Subrogation	81 f.
intertemporales Recht	270	Leistungsklage	183
Kapitalabfindung	256, 264	Leistungsurteil	181, 185
Kausalität	260 f.	lex fori	
haftungsausfüllende —	261	Verjährung nach — im anglo-	
haftungsbegründende —	261	amerik. Recht	111
überholende —	261	— Währung	119
Klagbarkeit	175, 269	lex loci delicti commissi	
Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung	50 ff.	— als Leerformel	103
Kumulation		— und „proper law“-Theorie	119
assimilierende —	259 f.	— und Verjährung	110
— und Angleichung	259 f.	Währung der —	117 f., 119
— und Statutenkonkurrenz	251 f.	local law - Theorie	3
verdrängende —	255	locus regit actum	38
Kumulationsnorm des Art. 12 EGBGB	245 ff., 250 ff.	Löschung eines Warenzeichens	209
begünstigter Personenkreis	271 f.	Mehrfachqualifikation	18, 266
— als Norm des ordre public	247 ff.	Mindestdeckungssumme	58, 65, 72
— auf der Tatbestandsseite	254	Mittäterschaft	77
— hinsichtlich	262 f.	Mitverschulden	31 f., 262
Kausalität	260 f.	monoterritoriale Delikte	192 ff., 241 f.
Modalitäten des		multi - state - Delikte	204, 207 f.
Anspruchs	264 ff.	Nachbarrecht, internationales	210 ff.
Rechtswidrigkeit		anwendbares Recht im —	215 ff.
und Schuld	261 f.	internationale Zuständigkeit	
Tatbestand	257 ff.	beim —	211 ff.
— mit anderen deutschen Normen	266 ff.	Rechtsprechung und Literatur	210 ¹⁸²
— mit deutschen Deliktsgesetzen	256 ff.	Namensrecht	193 ff., 209
— und Beweislast	147	negligence - clauses	27
— und Vermutungen	152 f.	nominal damages	174 ff.
— und Währung	131 f.	Normadressat der Kollisionsnorm	162
materiell-rechtliche und prozessuale Wirkungen der —	269 ff.	Normenhäufung	251
praktische Durchführung der —	255 ff.	„obligatio“-Theorie	264
Revisibilität der —	273 f.	öffentliches Recht, ausländisches	83
Sperrwirkung der —	254, 269 ff.	ordre public	
systematische Einordnung der —	245 ff.	negative Funktion des —	250
Wirkungsweise der —	251 ff.	— international	54
Kumulationsnormen, ausländische	268 f.	positive Funktion des —	253
Kurswert	128	Parallelanknüpfung	253
Ladegut, Beschädigung des —	36	parol evidence rule	155 f.
Ladungsbeteiligte	35	Patentrecht	
last - event - Rule	203	Nichtanwendung ausländischen — s	189, 197 f.
		Patentstreitigkeiten	129
		Personalitätsprinzip	245
		Presserecht s. Gegendarstellungsanspruch	
		prima facie - Beweis	153 ff.
		Privatstrafe	241

Produktenhaftung	100 ff.	Schadensersatz, Pauschalierung des	
— bei Einzelteilen	109	— es	241
proper-law-Doktrin	201	Schadensersatzschuld	
punitive damages	241	Erfüllung der —	132 ff.
Qualifikation	178 f., 216	geldrechtlicher Charakter der —	114 f.
Mehrfach —	18, 266	— als Fremdwährungsschuld	115 ff.
— der Anspruchskonkurrenz	12 f.	— als Wertschuld	114 f.
— nach der lex causae	212 f.	schadensgeneigte Arbeit	79
Quotenvorrecht	87 f.	Schadensort als Begehungsort	119 f.
Rangfolge von Ansprüchen	16, 75 f.	Schadensschätzung	158 ff.
Rechnungswährung	125 f.	— und Anspruchsverwirklichung	163
Recht		— und Beweiswürdigung	161
schwächeres —	18 f.	Schiffszusammenstoß	34 f., 77 ²⁹⁷ , 127
materielles — und Prozeßrecht	1 f., 174 ff.	Reparaturkosten bei —	125
Rechtsanwendung, distributive	97	Schlechterfüllung	29
—	100, 252 ³⁸	Schleppvertrag	39
RechtsanwendungsVO	35	Schmerzensgeld	7, 83, 118
Rechtsfolge		Währung des — s	122 ff.
Definition der —	1	Schuld	261 f.
— nkongkurrenz	6	Schuldverhältnis, Einbeziehung Drit-	
Vergleich der — n	262 ff.	ter in das —	50 ff.
Rechtsschutz		Schuldwährung	
präventiver —	4, 181 f., 185	Bestimmung der — als materiell-	
— bedürfnis	187	rechtliches	
Rechtsverhältnis	179	Problem	116 f.
Rechtswidrigkeit	261 f.	bei Anpassung	131 ff.
Regreß		bei Einzel-	
— auf Grund Forderungsüber-		schaden	115 ff.
gangs	65 ff.	bei Gesamt-	
selbständiges — recht	84, 88 f.	schaden	124 ff.
Rente	256, 264	— bei nichtbehebbaem Schaden	
Renvoi	20, 22 f.		122 ff.
— bei Verjährung	111 f.	—, Schadenseintritt und Schadens-	
res ipsa loquitur	156 f.	behebung	121 ff.
Revisibilität		Zeitpunkt der Festlegung der —	116 ff.
— bei Kumulation	273 f.	Schutzgesetz, räumlicher Geltungs-	
— kraft Sachzusammenhangs	274	bereich des — es	239 f., 257 ff.
Rückgriff des Zivilrechts auf das		Sicherheitszession	74
Strafrecht	240 f.	Sonderanknüpfung	
Sachverhalt und Kollisionsnorm	11	— einer Teilfrage	1, 32, 269
saving clauses	191, 235 ²⁷³	— einer Vorfrage	193
Schaden		Sozialversicherung, Forderungsüber-	
immaterieller —	17, 241, 263	gang bei —	80 ff.
materieller —	263 f.	Speditionsvertrag	34
weiterwirkender —	164 f.	Sperrwirkung der Kumulation	254, 269 ff.
Schadensberechnung	261	Statutenkongkurrenz	251 f.
maßgebender Zeitpunkt der —		gleichartige —	251
modifications extrinsèques bei —	164 ff.	stipulation pour autrui	49
modifications intrinsèques bei —	166 f.	Subrogation	42, 66 ff.
rechtsvergleichende Übersicht über		anwendbares Recht bei der —	70 ff.
die —	165 ff.		

Anwendungsbereich der —	66 f.	Tatsachen —	152
Begriff der —	66	Verschuldens —	152
— bei Gesamtschuld	76 ff.	Verrichtungsgehilfe, Haftung für —	77 f.
— im Privatversicherungsrecht	67 ff.	Versendungskauf	94 ff.
— im Sozialversicherungsrecht	81 ff.	Versicherungspflicht	61 f., 65, 80 ³¹⁰
Subsidiarität	15, 16, 34	Versicherungsvertrag	51
Tatbestandskonkurrenz	6	Versicherungszwang	58
Taxiunfall	37	Vertragsstatut und Deliktsstatut	15 ff.
Teilverweisung, materiell-		Vertragsverletzung	19
rechtliche —	40	action directe bei —	57
Territorialitätsprinzip	197 f., 209, 257	— als Delikt	22, 40
Transportverträge, Haftungsaus-		Vertrag zugunsten Dritter	35 f., 63 f., 93 f.
schluß bei — n	26, 33 ff.	Verwahrungsvertrag	42, 98 ff.
treble damages	241	Verweisung, „offene“	29, 45
Ubiquität von Rechten	192	Verzicht	32, 44
Umrechnung	128	Völkerrecht	
— sbefugnis	134 ff.	— und internationale Zuständig-	
— skurs	128, 135 f.	keit	212, 214
Umwertung	166	— und IPR	212
Unterhaltsanspruch der Hinterblie-		Vorbehaltsklausel	247
benen	44 f., 120, 152	spezielle —	247 ff.
Unterlassung		Vorbereitungshandlungen	202, 207
— sanspruch	42, 183 ff.	Vorfrage, Sonderanknüpfung der —	193
— sdelikt	103	Vorlage von Dokumenten	186, 190
— sklage	181 ff.	Vorteilsausgleichung	263
Funktion der — sklage	181 ff.	Währung bei außervertraglichen An-	
vertragliche — spflicht	183 f.	sprüchen	113 ff.
Urheberrecht	198 ff.	maßgebende —	124, 127
Verbrauchsort bei Produkthenftung		Warenhersteller, Haftung des — s	100 ff.
Vergleich	271	Weiterverweisung	20, 22 f.
Verjährung		Wertschuld	114 f.
Angleichung bei —	113	Wertungswiderspruch	18, 25
Kürzung der — sfrist	112 f., 265 f.	Wettbewerb	
Maßgeblichkeit der lex loci delicti		— sbeschränkungen	184
commissi	110	— sverbot	184
— deliktischer Ansprüche	110 ff.	— zwischen Deutschen	204, 206, 243
— und Adhäsionsprozeß	240	Widerrufsanspruch	221 ff.
— und kumulative Anwendung		internationale Zuständigkeit	
des Art. 12 EGBGB	265	beim —	224
Verkehrsunfall	31 f., 33 f., 37, 39, 41, 52	Wiederholungsgefahr	187 ff.
Mitinsassen bei —	109	Zahlungsmodalitäten	134
Verletzungsort bei Produkthenftung		Zahlungswährung	132
Verlöhnisbruch	24	Bestimmung der —	132 f.
Vermutung		Zedent	67, 69 f., 81 f.
Abgrenzung von Rechts- und Tat-		Zession s. Forderungsübergang	
sachen —	157 f.	Zessionar s. Zedent	
divergierende — en	152 f.	zwingende Normen	54 f., 61 f., 65
gesetzliche —	149 ff.	— des Schuldrechts	56, 65
		—, vertragliche Erstreckung	63

Kölner Reihe:

Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Klingmüller, Prof. Dr. Karl Larenz, Prof. Dr. Hans Merz, Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Carl Nipperdey †, Prof. Dr. Ludwig Raiser und Prof. Dr. Fritz Schwind.

**Band 1 Privatrechtliche Folgen unerlaubter
Kartellpraxis**

Von Dr. K. Peter Mailänder M. C. J.

XXXII und 201 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 19,—

**Band 2 Die richterliche Korrektur von
Standardverträgen**

Von Dr. Eugen Auer

IX und 103 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 18,—

Band 3 Die Haftung des Arbeitnehmers

Von Prof. Dr. Franz Gamillscheg

Mit einem Beitrag „Die Haftung nach § 637 RVO“

von Peter Hanau

XI und 164 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 19,—

Band 4 Kartellrecht und Internationales Privatrecht

Von Prof. Dr. Rolf Bär

XVI und 440 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 38,—

**Band 5 Nachahmungsschutz für
Dienstleistungsmodelle**

Von Dr. Hans-Joachim Priester

XX und 108 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 19,50

Band 6 Die Simulation im bürgerlichen Recht

Von Dr. Georgios D. Kallimopoulos

XXVIII und 301 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 32,—

**Band 7 Beweiserleichterungen im
Schadensersatzprozeß**

Von Dr. Jürgen Prölss

XV und 107 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 19,—

**Band 8 Selbstbestimmungsrecht des Patienten und
ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht
Frankreichs und Deutschlands**

Von Dr. Dietrich Eberhardt

XV und 289 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 32,—

Band 9 Die Einziehungsermächtigung

Von Dr. Michael P. Stathopoulos

XV und 180 Seiten, DIN A 5, glanzkaschiert DM 22,—

Die angegebenen Preise verstehen sich zuzüglich Versandkosten
und Mehrwertsteuer

**VERLAG VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT e. V.,
KARLSRUHE**

75 KARLSRUHE 1, POSTFACH 6569

